38 494

38494

ИСТОРИЧЕСКАЯ ШКОЛА ЮРИСТОВЪ,

ЕЯ ПРОИСХОЖДЕНІЕ И СУДЬБА.

ОПЫТЪ ХАРАКТЕРИСТИКИ ОСНОВЪ ШКОЛЫ САВИНЬИ

въ

ИХЪ ПОСЛѢДОВАТЕЛЬНОМЪ РАЗВИТІИ.

П. Новгородцева.

М
ГОСУД. ИСТОР. ПУБЛИЧНАЯ
ИСТОРИЧЕСКАЯ
БИБЛИОТЕКА
1086564

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Первоначальной цѣлью занятій, въ результатѣ которыхъ явился настоящій трудъ, было изученіе реакціи противъ естественнаго права въ нѣмецкой литературѣ XIX столѣтія. Въ этихъ именно видахъ я принялся за ознакомленіе съ исторической школой, предполагая перейти затѣмъ къ другимъ литературнымъ теченіямъ, соотвѣтствующимъ характеру намѣченной задачи. Однако, неожиданно для меня матеріалъ объ исторической школѣ, накопляясь постепенно, возросъ вскорѣ до предѣловъ, позволившихъ думать о спеціальной работѣ на эту тему. Такъ возникло сочиненіе, предлагаемое нынѣ вниманію читателей.

Происхожденіе книги отразилось на ея общемъ планѣ: изслѣдуя основы исторической школы, я всюду привожу ихъ въ связь съ доктриной естественнаго права. Въ позднѣйшей обработкѣ написаннаго мнѣ легко было бы стереть эти слѣды первоначальной постановки вопроса, но я намѣренно оставилъ ихъ нетронутыми. Дѣло въ томъ, что философская сторона исторической школы всецѣло опредѣляется отношеніемъ ея къ доктринѣ естественнаго права. Сопоставленіе этихъ двухъ направленій казалось мнѣ въ данномъ случаѣ лучшимъ пріемомъ изслѣдованія, дающимъ возможность всего ближе подойти къ пониманію существа предмета.

Соотвѣтственно съ указаннымъ планомъ, я долженъ былъ начать свое изложеніе съ опредѣленія естественнаго права. Говоря о немъ, обыкновенно имѣютъ въ виду его заблужденія, которыя устранены уже новѣйшимъ развитіемъ мысли. Мнѣ казалось болѣе важнымъ опредѣлить неустранимую сущность естественно-правовыхъ стремленій, ибо только такимъ образомъ можно избѣгнуть поспѣшнаго вывода, будто бы историческая школа оконча-

тельно разрушила зданіе естественнаго права. Я не стремился, впрочемъ, въ своемъ введеніи къ исчерпывающей полнотѣ опредѣленій: его содержаніе обусловлено, главнымъ образомъ, цѣлями дальнѣйшаго изслѣдованія.

Излагая судьбу исторической школы, я считалъ необходимымъ подробнѣе характеризовать и позднѣйшія ея видоизмѣненія, до сихъ поръ еще недостаточно изученныя. При составленіи главъ, относящихся къ этому отдѣлу, пришлось испытать не мало затрудненій въ выборѣ и группировкѣ матеріала. Особенно чувствовались эти затрудненія въ главѣ восьмой, которая представляетъ собою первый опытъ связной характеристики новаго теченія, утверждающагося на развалинахъ исторической школы. Недостатокъ работъ въ этой области сказывается между прочимъ и въ томъ, что до сихъ поръ еще не установлено общее обозначеніе, подъ которое одинаково могли бы подойти и такъ называемая историческая школа, и всѣ позднѣйшія ея преобразованія. Между тѣмъ въ рядѣ ученій, которыя разсматриваются въ настоящей книгѣ, послѣдующія звенья связаны съ предыдущими одной непрерывной цѣпью развитія. Установленіе общаго понятія, одинаково объемлющаго всѣ частныя подраздѣленія, является дѣломъ весьма желательнымъ. Я предложилъ бы, съ своей стороны, названіе: «историческое направленіе въ юриспруденціи». Это названіе представляется мнѣ и достаточно широкимъ, и вполнѣ подходящимъ. Какъ увидитъ далѣе читатель, понятіе «историческаго» является опредѣляющимъ моментомъ не только у Савиньи, но и у позднѣйшихъ его преемниковъ. «Направленіе» могло бы быть разбито на отдѣльныя школы, соотвѣтственно различному пониманію ими основнаго принципа. Въ заглавіи книги я не рѣшился, однако, употребить это новое обозначеніе, которое могло бы породить недоразумѣнія относительно ея содержанія. Вслѣдствіе этого мнѣ пришлось и въ оглавленіи, а вмѣстѣ съ тѣмъ и въ текстѣ, поскольку это было возможно, держаться названій, освященныхъ традиціей.

Москва. 8 сентября 1896 года.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Предисловіе. Стр.

Введеніе (общее опредѣленіе естественнаго права)..... 1— 22

I. 1. Вступительныя замѣчанія. — 2. Естественное право, какъ совокупность идеальныхъ (нравственныхъ) представленій о правѣ. Философское изслѣдованіе и нравственная критика, какъ основные моменты, естественно-правовой идеи. — 3. Основанія нравственной критики права. — 4. Критика положительнаго права, какъ продуктъ развитія личности. Историзмъ и раціонализмъ.

II. 1. Гипотеза естественнаго состоянія. Единое и неизмѣнное естественное право. — 2. Теорія первобытнаго договора и народнаго суверенитета. Утвержденіе юридическаго характера естественнаго права. — 3. Теорія произвольнаго установленія права.

Историческая школа.

А. Генезисъ исторической школы.

ГЛАВА I. Предшественники исторической школы въ XVIII вѣкѣ. 24— 57

§ 1 Гёттингенская школа.—1. Состояніе юриспруденціи до гёттингенскихъ юристовъ. Отношеніе къ ней естественнаго права. Зарожденіе гёттингенской школы. Вліяніе Лейбница и Монтескьё.—2. Пюттеръ.—3. Густавъ Гуго. Общія замѣчанія. Взгляды Гуго на исторію и историческое образованіе права. Отношеніе къ естественному праву.

§ 2. Юстусъ Мёзеръ.

ГЛАВА II. Связь исторической школы юристовъ съ философскими ученіями и съ идеями романтиковъ..... 58— 67

§ 1. Философскія вліянія.—§ 2. Отношеніе воззрѣній Савиньи къ идеямъ романтической школы.

ГЛАВА III. Тибо..... 68— 80

1. Вопросъ о философской интерпретаціи права. Споры историческаго и философскаго направленій въ концѣ XVIII вѣка.—2. Проектъ кодификаціи гражданскаго права. Отношеніе Тибо къ мѣстнымъ особенностямъ въ правѣ и къ историческому прошлому.

Стр.

B. Основы исторической школы по ученію Савиньи и Пухты.

ГЛАВА IV. Савиньи ..... 81—103

Вступительныя замѣчанія.—1. Общая характеристика исторической философіи Савиньи. — 2. a) Теорія органическаго развитія права.— b) Роль законодательства. — c) Національный характеръ права.— 3. Опредѣленіе положительнаго права.

ГЛАВА V. Пухта..... 104—115

1. Теорія правообразованія. — 2. Воззрѣніе на положительное право.

C. Судьба исторической школы въ послѣдующей юриспруденціи.

ГЛАВА VI. Критики исторической школы. Подготовленіе новыхъ воззрѣній..... 116—130

§ 1. Критика взглядовъ исторической школы на правообразованіе (Гансъ. Замѣчанія Унтергольцнера, Мюленбруха и Кирульфа. Гарумъ).

§ 2. Критика теоріи народнаго убѣжденія, какъ источника положительнаго характера права. (Указаніе на важность внѣшняго примѣненія права. Замѣчанія Шталя и Рейнгольда Шмида. Брунсъ. Двойственность взгляда на обычное право у позднѣйшихъ юристовъ).

ГЛАВА VII. Іерингъ. (Преобразованіе воззрѣній Савиньи и Пухты на происхожденіе права)..... 131—167

1. Общія замѣчанія.—2. Взгляды пятидесятыхъ годовъ. Отреченіе отъ идеи непроизвольнаго происхожденія права изъ народнаго духа.— 3. Окончательный разрывъ съ исторической теоріей Савиньи. Критика органическаго воззрѣнія. Взглядъ на законодательство. Отношеніе къ обычному праву. Взглядъ на прогрессъ въ правѣ. Критика идеи о національномъ происхожденіи права.—4. Телеологическое воззрѣніе. Теорія общественнаго утилитаризма.—5. Отношеніе къ естественному праву.

ГЛАВА VIII. Преобразованіе взглядовъ Савиньи и Пухты на существо положительнаго права..... 168—216

§ 1. Новыя теоріи положительнаго права. (Адикесъ. Цительманъ. Новый взглядъ на обычное право. Взгляды Рюмелина и Шуппе, Дернбурга и Гёльдера).

§ 2. Философія положительнаго права. 1. Общія замѣчанія. — 2. Меркель.—3. Бергбомъ.

Заключеніе..... 217—218

Приложенія. 1. Опредѣленія естественнаго права въ современной нѣмецкой литературѣ (Штаммлеръ. Іодль).—2. О раціоналистическихъ элементахъ у Шталя.—3. Объ отношеніи раціонализма къ исторіи.. 219—226

ВВЕДЕНІЕ.

I.

1. Ученія естественно-правовой школы, повидимому, давно уже сданы въ архивъ отвергнутыхъ доктринъ. Вмѣстѣ съ другими понятіями эпохи просвѣщенія, идея естественнаго права обыкновенно считается разрушенной историческимъ духомъ XIX вѣка. Большей частью о ней упоминаютъ, какъ о заблужденіи стараго времени, возникшемъ на почвѣ анти-историческихъ воззрѣній и поддержанномъ радикальнымъ настроеніемъ эпохи.

Въ странномъ противорѣчіи съ этими мнѣніями стоитъ фактъ несомнѣннаго распространенія естественно-правовыхъ понятій въ философской и юридической литературѣ нашего столѣтія. Въ разнообразныхъ формахъ и съ различными оттѣнками старая идея продолжаетъ жить до нашихъ дней. До сихъ поръ о ней пишутъ книги и журнальныя статьи, и еще недавно, въ 1892 году, потребовался объемистый томъ Бергбома для полемики съ «естественнымъ правомъ нашего времени»[1]). Авторъ, ознакомившись съ литературою всѣхъ европейскихъ странъ, всюду нашелъ одну и ту же отвергаемую имъ доктрину. А такъ какъ идея естественнаго права встрѣчается уже у греческихъ философовъ, повторяется у римскихъ юристовъ, развивается въ средніе вѣка и господствуетъ въ литературѣ новаго времени, не исчезнувъ безслѣдно и въ наши дни, то невольно приходится думать, что она имѣетъ болѣе глубокія основанія, чѣмъ преходящіе взгляды какой-либо эпохи.

---

[1]) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Bd. I. Naturrecht der Gegenwart (552 стр.). На ряду съ другими, Бергбомъ изучилъ также скандинавскихъ, голландскихъ, португальскихъ и иныхъ философовъ права.

Попытки оцѣнить значеніе естественно-правовой доктрины можно встрѣтить въ литературѣ. Однако, полемическое отношеніе къ этой доктринѣ, слишкомъ еще близкой къ намъ по времени своего господства въ наиболѣе радикальной формѣ, до сихъ поръ мѣшаетъ оцѣнить ее съ чисто исторической, объективной точки зрѣнія. Между тѣмъ, крайнія выраженія этой идеи, столь свойственныя прошлому, все болѣе отходятъ въ область преданій, и надо думать, не повторятся болѣе. Если распространеніе историческаго духа не могло устранить сущности естественно-правовой школы, то оно совершенно разсѣяло ея фантастическія утвержденія. Пора отнестись къ вопросу болѣе спокойно, не прибѣгая къ полемическимъ преувеличеніямъ и не впадая въ крайности противоположныя.

Юристы исторической школы, критикуя доктрину естественнаго права, выдвинули въ ней два пункта, справедливо подвергнувшіеся ихъ нападкамъ: ученіе о произвольномъ установленіи права и предположеніе возможности найти систему нормъ, одинаково пригодныхъ для всѣхъ временъ и народовъ. Впослѣдствіи былъ отмѣченъ и третій существенный недостатокъ доктрины, ея стремленіе придавать субъективнымъ правовымъ идеаламъ непосредственное юридическое значеніе. Если бы вся сущность естественно-правовой философіи сводилась къ этимъ ученіямъ, то участь ея давно была бы уже рѣшена распространеніемъ историческихъ взглядовъ и точныхъ представленій о правѣ. Въ наше время никто не станетъ защищать этихъ несомнѣнно ложныхъ ученій. Но ими далеко не исчерпывается идея естественнаго права.

2. Естественное право, какъ совокупность идеальныхъ (нравственныхъ) представленій о правѣ. Философское изслѣдованіе и нравственная критика права, какъ основные моменты естественно-правовой идеи [1]).

Съ давнихъ поръ философіи права и общему сознанію свойственно воззрѣніе, допускающее, наряду съ положительнымъ пра-

---

[1]) Въ предлагаемомъ здѣсь очеркѣ я дѣлаю опытъ краткой характеристики естественнаго права въ его основныхъ стремленіяхъ. Не имѣя въ виду специаль-

вомъ, высшій законъ природы, изъ котораго черпаются подлинныя представленія о правѣ и неправѣ. Со времени римскихъ юристовъ, этому закону усвоено было названіе «естественнаго права» (jus naturale), и безпрепятственное пользованіе этимъ названіемъ въ теченіе многихъ вѣковъ показываетъ, что наука прежняго времени вовсе не видѣла въ этомъ терминологическаго злоупотребленія. Наше время привыкло къ иному употребленію понятій, и терминъ: «естественное право» является для насъ неяснымъ безъ перевода на современный языкъ.

Если мы пріймемъ во вниманіе, что естественное право обозначало собою систему принциповъ и нормъ, существующихъ отъ природы, помимо установленія законодателя, и что настоящимъ источникомъ этихъ нормъ всегда являлось внутреннее сознаніе отдѣльныхъ лицъ (или общественныхъ группъ), то мы должны будемъ опредѣлить разсматриваемое понятіе, какъ совокупность идеальныхъ, нравственныхъ представленій о правѣ.

Старыя опредѣленія естественнаго права, въ сущности, не говорятъ ничего иного. Возьмемъ, для примѣра, два изъ нихъ, которыя можно разсматривать, какъ типическія. Родоначальникъ естественнаго права новаго времени, Гуго Гроцій утверждалъ: «естественное право есть предписаніе *права разума*, указывающее, что извѣстному дѣйствію присуще *нравственное* безобразіе или *нравственная* необходимость въ зависимости отъ его согласія или несогласія съ разумною и общежительною природой (человѣка), и что, поэтому, дѣйствіе это запрещается или предписывается творцомъ природы Богомъ»[1]). Другой, болѣе близкій къ

наго изслѣдованія на эту тему, я считалъ въ данномъ случаѣ возможнымъ ограничиться самыми общими утвержденіями, представляющими главные выводы изъ моего ознакомленія съ предметомъ. Въ общемъ планѣ моей работы они являются въ видѣ предварительныхъ замѣчаній, необходимыхъ для пониманія дальнѣйшаго изложенія. Нѣкоторыя дополненія къ настоящему очерку читатель найдетъ въ главѣ о Бергбомѣ, современномъ критикѣ естественнаго права, и въ приложеніяхъ. Кромѣ того, мнѣ приходится касаться этого предмета на всемъ протяженіи моей диссертаціи, по самому характеру ея темы. О нѣкоторыхъ опредѣленіяхъ естественнаго права въ современной литературѣ см. приложеніе 1.

[1]) De jure belli ac pacis L. I, c. I, § X, 1.

намъ по времени философъ Аренсъ говоритъ о естественномъ правѣ такъ: это есть «право, независимое отъ произвольныхъ опредѣленій и опирающееся *на высшій нравственный порядокъ* жизни; оно предназначено служить масштабомъ при обсужденіи существующихъ отношеній и руководящей нитью къ ихъ дальнѣйшему развитію» [1]).

Авторы этихъ опредѣленій подводили понятія, которыя имѣлись при этомъ въ виду, подъ категорію права; но для насъ не можетъ быть сомнѣнія, что ихъ «естественное право» обозначало собою лишь совокупность идеальныхъ представленій о правѣ, имѣвшихъ чисто нравственный характеръ [2]). Обозначеніе источника этихъ представленій въ качествѣ природы, разума, высшаго нравственнаго порядка и т. п. имѣло цѣлью противопоставить вытекающія изъ нихъ требованія установленіямъ положительнаго права, опирающимся на авторитетъ власти. Природа, разумъ и т. подобныя наименованія служили лишь общимъ обозначеніемъ для совокупности этическихъ стремленій, отражавшихъ на себѣ нравственныя тенденціи и общественныя потребности времени.

Вдумываясь въ мотивы, порождавшіе естественно-правовыя построенія, мы, прежде всего, должны отмѣтить чисто научное стремленіе къ открытію тѣхъ основаній, на которыхъ покоится право. Этими построеніями удовлетворялся философскій интересъ, побуждающій изслѣдователей доискиваться коренныхъ причинъ явленій. Старыя естественно-правовыя системы ставили основной вопросъ философіи права о высшихъ и послѣднихъ основаніяхъ юридическихъ установленій, поскольку эти основанія могутъ быть выведены изъ природы человѣка и общества. Для того, кто знакомъ съ этими системами, не можетъ быть сомнѣнія, что онѣ предста-

---

[1]) Naturrecht. § 1. S. 1. (VI Aufl. 1870).

[2]) У самихъ представителей естественнаго права можно иногда найти сознаніе различія закона естественнаго и юридическаго въ строгомъ смыслѣ этого слова. Приведу, для примѣра, слѣдующее мѣсто изъ Томазія (De jure nat. et gent. I, 5, § 34): Cave tamen, ne putes legem naturalem et positivam, divinam et humanam, esse species eiusdem naturae: lex naturalis et divina magis ad consilia pertinet, quam ad imperia, lex humana proprie dicta non nisi de norma imperii dicitur. Вопросъ о томъ, насколько Томазію удалось провести это разграниченіе законовъ естественнаго и положительнаго, можно оставить здѣсь въ сторонѣ.

вляютъ много выводовъ и положеній, достойныхъ вниманія и въ наше время [1]).

Вторымъ, еще болѣе важнымъ мотивомъ естественнаго права являлось присущее людямъ стремленіе къ нравственной критикѣ положительныхъ установленій. Съ тѣхъ поръ какъ личность развилась до противопоставленія своихъ требованій преданіямъ старины и общепринятымъ убѣжденіямъ, критика эта неизбѣжно сопутствуетъ исторіи права. Человѣку свойственно видѣть въ правѣ установленіе, зависящее отъ личной воли и мысли и составляющее часть нравственной субстанціи. Отсюда его стремленіе воздѣйствовать на право, въ смыслѣ приближенія его къ нравственнымъ идеаламъ. Съ другой стороны, праву присущи извѣстныя свойства, надѣляющія его неизбѣжными несовершенствами. Эти несовершенства права, встрѣчаясь съ постояннымъ стремленіемъ человѣка способствовать его нравственному совершенствованію, всегда съ неизбѣжностью вызывали тѣ идеальныя построенія, которыя извѣстны подъ именемъ естественнаго права. Подобныя построенія представляли собою протестъ нравственнаго сознанія противъ недостатковъ дѣйствующаго правопорядка [2]). Та-

---

[1]) Интересно привести здѣсь отзывы писателей, вовсе не склонныхъ преувеличивать заслуги естественно-правовой школы и тѣмъ не менѣе признающихъ ея научное значеніе. Вотъ что говоритъ, упоминая объ этой школѣ, проф. Муромцевъ: философія естественнаго права „дала большое значеніе вопросу объ отношеніи различныхъ правовыхъ учрежденій къ свойствамъ человѣческой природы. Такимъ образомъ, въ правовѣдѣніе былъ внесенъ элементъ изслѣдованія“ („Опредѣленіе и основное раздѣленіе права“, стр. 20. М. 1879). Проф. Ренненкампфъ пишетъ: „Происхожденіе естественнаго права основано на стремленіи человѣческаго ума изслѣдовать основныя причины всѣхъ вещей, и въ этомъ отношеніи оно тождественно вообще съ наукой, съ теоріей“. (Юридическая энциклопедія. Кіевъ. 1889. Стр. 30).

[2]) Значеніе естественнаго права, какъ системы нравственныхъ началъ, преобразующихъ право положительное, признается и спеціальными изслѣдованіями, опредѣляющими историческое значеніе этого понятія въ различныя эпохи. Такъ у Боголѣпова („Значеніе общенароднаго гражданскаго права“) мы находимъ слѣдующее утвержденіе: „ученіе стоиковъ о естественномъ правѣ, какъ тѣсно связанное со всей ихъ этикой, въ умахъ римлянъ вообще и въ особенности въ умахъ юристовъ превратилось изъ отвлеченнаго теоретическаго взгляда въ практическое вѣрованіе, которое, какъ таковое, естественно побуждало римлянъ пе-

кимъ образомъ, нравственная оцѣнка положительныхъ учрежденій и стремленіе къ философскому изслѣдованію основъ права составляютъ два существенныхъ момента естественно-правовой идеи. Легко видѣть, что оба эти момента находятся между собою въ тѣсной связи. Произвести нравственную оцѣнку права нельзя иначе, какъ возвысившись къ тѣмъ основаніямъ, на которыхъ покоится право, къ тѣмъ началамъ, которыя должны руководить законодателемъ въ его дѣятельности [1]).

Философское стремленіе къ изслѣдованію коренныхъ основъ права не требуетъ здѣсь дальнѣйшихъ разъясненій. Напротивъ, мнѣ представляется необходимымъ объяснить тѣ основанія, изъ которыхъ вытекаетъ возможность и потребность нравственной критики права.

3. Основанія нравственной критики права.

А. Нравственная критика права, прежде всего, обусловливается сознаніемъ, что правообразованіе совершается при участіи человѣческой воли. По элементарному правилу этики, судъ нравственный примѣняется исключительно къ человѣческимъ дѣйствіямъ. Явленія природы мы можемъ находить для себя неудобными, можемъ желать приспособленія ихъ къ своимъ цѣлямъ, если это представляется

ренести его основные пункты въ сферу дѣйствительной жизни". Стр. 74 Ср. съ этимъ главу V, особенно стр. 187 слл., 203 слл. и главу VI названнаго сочиненія). Объестественномъ правѣ новаго времени Бергбомъ (Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I, S. 209), говоритъ: Die Systeme des Vernunftrechts enthielten stets mehr Rechtskritik und Rechtspolitik, als wirkliche Rechtsphilosophie. Unter seinem Deckmantel wurde eine gewaltige kritische Arbeit geleistet; unter seinem Namen wurden die Ideen jener Zeit über die Grundlagen einer umfassenden Neuordnung dem allgemeinen Verständniss nahe gebracht. Здѣсь отмѣчается критическая работа, совершенная естественнымъ правомъ. Ср. также Stahl. Gesch. der Rechtsphilosophie. III Aufl. S. 286—288).

[1]) Въ дальнѣйшемъ изложеніи я буду обозначать иногда указанныя здѣсь философскія и критическія стремленія естественнаго права терминомъ: „естественно-правовыя". Рѣшаюсь употреблять это названіе, несмотря на нѣкоторыя его неудобства, за неимѣніемъ другого, болѣе подходящаго. Примѣръ подобнаго словоупотребленія данъ Штаммлеромъ (Ueber die Methode der gesch. Rechtstheorie. 1888 г.).

осуществимымъ; но нравственная критика въ отношеніи къ нимъ неумѣстна. Если бы, поэтому, допустить, вмѣстѣ съ школой Савиньи, что образованіе права совершается непроизвольно, подобно процессамъ природнымъ, то пришлось бы отрицать возможность нравственнаго воздѣйствія на право. Если нормальное развитіе права происходитъ подъ вліяніемъ внутреннихъ органическихъ силъ, то вмѣшательство человѣка въ этотъ естественный процессъ должно быть признано незаконнымъ. Сознаніе наше не мирится, однако, съ подобнымъ воззрѣніемъ и разсматриваетъ право, какъ результатъ человѣческой дѣятельности, подлежащій критикѣ и провѣркѣ. Отсюда вытекаетъ стремленіе къ выясненію лучшихъ путей, по которымъ должно совершаться развитіе права.

Это выясненіе можетъ производиться въ двухъ направленіяхъ, соотвѣтственно съ двоякаго рода обсужденіемъ, примѣнимымъ къ праву. Мы можемъ судить о правѣ, во-первыхъ, съ точки зрѣнія цѣлесообразности (пригодности его для данныхъ цѣлей), а во-вторыхъ, съ точки зрѣнія нравственности (соотвѣтствія съ требованіями должнаго). Вопросъ о приспособленіи къ поставленнымъ цѣлямъ возможенъ и въ отношеніи къ явленіямъ внѣшней природы. Поэтому специфической особенностью нашего суда надъ правомъ является примѣненіе къ нему нравственной оцѣнки. Въ этомъ именно и состояла сущность критическихъ стремленій естественнаго права. Но чтобы признать законность подобной оцѣнки, необходимо видѣть въ правѣ не только продуктъ человѣческой воли, но также и явленіе нравственнаго міра. Естественное право поддерживалось сознаніемъ, что правовыя учрежденія не безразличны для нравственныхъ нашихъ стремленій, но находятся съ ними во взаимодѣйствіи и связи. Ему свойственно было убѣжденіе, что право не только является средствомъ къ достиженію извѣстныхъ практическихъ цѣлей, но служитъ вмѣстѣ съ тѣмъ и къ удовлетворенію высшихъ моральныхъ требованій. Остановимся нѣсколько на разъясненіи этого пункта, такъ какъ онъ имѣетъ для насъ особенное значеніе.

Съ самаго начала своего существованія право является не только внѣшнимъ механическимъ устроеніемъ общества, но также и нравственнымъ ограниченіемъ общественныхъ силъ, поскольку въ немъ заключается совмѣстное подчиненіе ихъ нѣкоторому

высшему рѣшенію и принятіе на себя извѣстныхъ обязанностей. Утвержденіе права въ обществѣ знаменуетъ собою установленіе въ немъ такого порядка, при которомъ общественныя отношенія опредѣляются не случайнымъ перевѣсомъ однихъ силъ надъ другими, а господствомъ общихъ нормъ, создающихъ твердую почву для регулированія спорныхъ положеній. Если, вмѣстѣ съ Гербартомъ, видѣть въ правѣ «прекращеніе спора», то слѣдуетъ къ этому прибавить, что въ самомъ существѣ права заключается не одно механическое возстановленіе мира, а вмѣстѣ и нравственное удовлетвореніе спорящихъ сторонъ. Иначе самый миръ былъ бы непроченъ. Успѣхъ дѣйствія права въ жизни вообще обусловливается тѣмъ, насколько оно проникаетъ въ сознаніе членовъ общества и встрѣчаетъ въ нихъ нравственное сочувствіе и поддержку. Безъ этой поддержки, право превращается или въ мертвую букву, лишенную жизненнаго значенія, или въ тяжкое бремя, сносимое противъ воли. Этимъ объясняется, почему сами властвующіе вынуждаются искать для себя опоры въ нравственномъ сочувствіи подчиненныхъ. Не довольствуясь однимъ фактомъ своего господства, они стремятся обыкновенно освятить свою власть авторитетомъ исторіи, религіознаго установленія и т. п. Съ другой стороны, изъ этой же естественной связи права съ нравственнымъ сознаніемъ общества вытекаетъ ихъ постоянное взаимодѣйствіе, однимъ изъ проявленій котораго служитъ нравственная критика правовыхъ установленій.

Эта критика становится тѣмъ сильнѣе и рѣзче, чѣмъ болѣе право затрогиваетъ нравственное чувство. Дѣйствіе несправедливаго права можетъ сказываться не только въ сферѣ внѣшнихъ отношеній: право можетъ воздѣйствовать и на внутренній міръ человѣка. Я не говорю уже о прямомъ вторженіи законодательныхъ распоряженій въ область нравственной свободы, когда отъ человѣка вынуждаются дѣйствія, долженствующія составлять непосредственное усмотрѣніе его совѣсти. Стѣсненія внѣшней дѣятельности могутъ также отзываться неблагопріятно на свободѣ нравственнаго развитія личности. Однѣ цѣпи не создаютъ раба; но онѣ, во всякомъ случаѣ, ставятъ серьезныя преграды его духовному совершенствованію. Осуществленіе нравственныхъ заповѣдей и цѣлей требуетъ для себя не только энергіи духа, но также

извѣстныхъ внѣшнихъ условій. Въ этой связи внутренней свободы человѣка съ внѣшними условіями жизни заключается одинъ изъ важнѣйшихъ мотивовъ, обусловливающихъ естественно-правовыя стремленія. Указанія на высшее естественное право обыкновенно вызывались не мелкими и неважными противорѣчіями закона съ жизнью, а крупными и серьезными конфликтами положительнаго порядка съ нравственнымъ сознаніемъ. Изъ этихъ конфликтовъ и развивались обыкновенно ученія естественнаго права. Съ точки зрѣнія развитыхъ здѣсь положеній, мы можемъ разсматривать естественное право, какъ *одно изъ проявленій связи права и нравственности.* Какъ мы видѣли, оно представляетъ собою *реакцію нравственнаго сознанія противъ положительныхъ установленій.*

Намъ предстоитъ теперь разъяснить, что въ самой природѣ права заключаются извѣстныя особенности, дающія постоянную пищу этой реакціи.

В. Развитой юридическій строй покоится на господствѣ въ жизни твердыхъ и опредѣленныхъ нормъ, предписывающихъ общія рѣшенія для сходныхъ случаевъ. Твердость права представляетъ собою настоятельную потребность юридическаго оборота. Безъ этого право было бы отдано игрѣ случая и произвола, а общество было бы обречено на нескончаемые споры о правомѣрномъ и должномъ. Установленіе твердыхъ нормъ для обсужденія подобныхъ случаевъ представляетъ и требованіе самой справедливости, которая состоитъ въ равномъ отношеніи къ одинаковымъ положеніямъ жизни. Но эта твердость правового порядка, достигаемая при помощи нормированія жизненныхъ отношеній, имѣетъ и свою обратную сторону.

Въ первобытныя эпохи, когда право находилось въ живой связи съ нравственнымъ сознаніемъ общества, оно измѣнялось и развивалось вмѣстѣ съ нимъ. Пока право живетъ въ умахъ общества, не принимая формы писанной и строго опредѣленной нормы, оно обладаетъ свойствомъ легко примѣняться къ движенію жизни. Оно остается неразрывнымъ членомъ общей нравственной субстанціи и находится въ живомъ взаимодѣйствіи съ подвижнымъ нравственнымъ сознаніемъ [1]). Когда потребность въ твердости и

[1]) См. изображеніе этого состоянія права у Ihering'a, Geist des röm. Rechts. B. II. § 25 S. 31 ff. (IV Aufl).

опредѣленности правового порядка вызываетъ необходимость писанныхъ законовъ, право утрачиваетъ свою прежнюю подвижность. Первоначальная цѣлостность и конкретность юридическихъ рѣшеній, ихъ живая связь со всѣмъ нравственнымъ созерцаніемъ исчезаетъ. Право отрывается отъ своего жизненнаго корня и выливается въ абстрактную форму твердыхъ и общихъ опредѣленій. Какъ бы удачно ни были, при этомъ, формулированы законы, они могутъ оказаться несправедливыми въ примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ или стать неудовлетворительными съ теченіемъ времени. Это вытекаетъ изъ самой сущности законодательныхъ нормъ. Законодатель долженъ издавать норму *общую*, а между тѣмъ отдѣльные случаи, которые подъ нее подходятъ, могутъ отличаться рѣзкими индивидуальными особенностями. Онъ долженъ издавать норму *твердую*, а отношенія, къ которымъ она примѣняется, подлежатъ измѣненіямъ. Это и придаетъ праву извѣстное несовершенство, которое порождаетъ критику его со стороны подвижнаго нравственнаго сознанія. Съ этой точки зрѣнія, естественное право представляетъ собою протестъ цѣлостнаго и живого нравственнаго сознанія противъ абстрактныхъ постановленій закона. Являясь результатомъ обособленія права отъ общей нравственной субстанціи, оно означаетъ собою *стремленіе сохранить первоначальную связь между нравственностью и правомъ.*

Эту стадію въ развитіи права и нравственности съ необходимостью переживаетъ каждый народъ, способный къ прогрессу. Поэтому Тардъ справедливо видитъ въ естественномъ правѣ ‹une des phases les plus regulières, les plus constantes à son rang et à son heure, des transformations du droit› [1]).—Намъ остается теперь разсмотрѣть связь естественнаго права съ развитіемъ личнаго сознанія, являющагося орудіемъ критики общепринятыхъ установленій. Съ этой точки зрѣнія, противорѣчіе положительнаго и естественнаго права сводится къ противорѣчію историзма и раціонализма.

---

[1]) Tard, Les transformations du droit. Paris. 1893 p. 146.

4. Критика положительнаго права, какъ продуктъ развитія личности. Историзмъ и раціонализмъ.

Всякая критика, а слѣдовательно и критика права, знаменуетъ собою развитіе личности и отрѣшенія ея отъ авторитета преданій. Естественное право возникаетъ, какъ продуктъ индивидуальнаго сознанія, противопоставляющаго себя господствующимъ убѣжденіямъ и установленіямъ. Со стороны теоретической, философской, возникновеніе нравственной критики права равносильно *возникновенію рефлексіи и раціоналистическаго отношенія къ существующему.* Оно означаетъ собою стремленіе разума отрѣшиться отъ безотчетнаго преклоненія предъ даннымъ порядкомъ и возвыситься до сознательнаго отношенія къ дѣйствительности.

Поскольку раціонализмъ и рефлексія представляютъ собою приложеніе разума къ объясненію явленій, они служатъ неизбѣжнымъ и вполнѣ законнымъ пріемомъ естественно-правовой философіи, какъ и всякой философіи вообще. Они выражаютъ собою коренное стремленіе разума къ отысканію раціональныхъ основаній для всего существующаго. Въ моральной области они проявляются въ видѣ стремленій къ нравственной автономіи и къ сознательному усвоенію нравственныхъ началъ.

Подобныя стремленія не ведутъ съ необходимостью къ отрицанію стоящихъ надъ личностью завѣтовъ морали: нормальной цѣлью развитія слѣдуетъ признать свободное усвоеніе коренныхъ нравственныхъ началъ, которыя прежде считались обязательными въ силу преданія. Съ этой точки зрѣнія, раціонализмъ долженъ приводить не къ разрѣшенію нравственныхъ узъ, стоящихъ надъ личностью, а, напротивъ, къ ихъ укрѣпленію при помощи сознательнаго усвоенія [1]). Но это умѣренное направленіе раціонализма является лишь позднѣйшей стадіей въ развитіи мысли. Пробужденіе критики и рефлексіи сопровождается обыкновенно

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ законность раціоналистическихъ стремленій признавалась даже такимъ горячимъ противникомъ раціонализма, какъ Шталь. См. объ этомъ приложеніе 2.

крайностями отрицанія. Отъ первоначальной преданности авторитетамъ разумъ переходитъ къ радикальному отрицанію всего даннаго, всего, что кажется ему непонятнымъ и неразумнымъ. Такъ было въ Греціи въ эпоху софистовъ. То же повторяется въ новое время, въ эпоху просвѣщенія. Сомнѣваясь во всемъ, разумъ первоначально несомнѣвается въ самомъ себѣ и въ своемъ сомнѣніи. Критикуя все, разумъ обнаруживаетъ стремленіе къ безапелляціонному догматизму въ своихъ критическихъ сужденіяхъ. Это даетъ обыкновенно поводъ говорить о противорѣчіи раціонализма и историзма. Необходимость установленій, создававшихся вѣками и имѣющихъ глубокіе корни въ исторіи, часто можетъ представляться непонятной для поверхностнаго размышленія. Но изъ этого противорѣчія субъективнаго разума отдѣльныхъ лицъ съ мудростью вѣковъ вовсе не вытекаетъ дѣйствительнаго противорѣчія разума и исторіи. Жизнеспособныя историческія начала могутъ отвергаться лишь поверхностнымъ размышленіемъ; болѣе глубокое изслѣдованіе обнаруживаетъ ихъ разумную необходимость. Это свидѣтельствуетъ обыкновенно о подъемѣ раціоналистической мысли на высшую ступень. Отсюда происходитъ, что въ предѣлахъ самаго раціонализма возникаетъ борьба направленій. Такъ, Сократъ и Платонъ возстаютъ противъ софистовъ; идеалистическая философія Канта и въ особенности его послѣдователей протестуетъ противъ утвержденій эпохи просвѣщенія. Разумъ начинаетъ относиться къ данному съ бо́льшимъ уваженіемъ, а къ своему отрицанію съ бо́льшимъ сомнѣніемъ. Вѣра въ непогрѣшимость отрицающаго разума смѣняется критикой его способностей и средствъ. На этой стадіи раціонализмъ примиряется съ историзмомъ, и вмѣсто того чтобы отрицать исторію, ищетъ въ ней проявленія разумныхъ началъ.

Абстрактный раціонализмъ, восполняясь историческимъ созерцаніемъ, приходитъ къ высшей точкѣ зрѣнія историческаго раціонализма, объединяющаго понятія разума и исторіи въ идеѣ разумнаго развитія. Это объединеніе требуется необходимымъ соотношеніемъ обѣихъ точекъ зрѣнія, исторической и раціоналистической, изъ которыхъ каждая немыслима безъ другой.

Если раціонализмъ отрицаетъ все историческое, не находя въ немъ соотвѣтствія съ своими принципами, то этимъ самымъ онъ

обнаруживаетъ внутреннее безсиліе и безсодержательность этихъ принциповъ. Чтобы обладать жизненнымъ значеніемъ, они должны имѣть корни въ дѣйствительности и хотя частично проявиться въ исторіи [1]). Безусловнымъ отрицаніемъ всего историческаго раціонализмъ проявляетъ лишь собственную неспособность открыть въ историческомъ процессѣ присутствіе разумныхъ началъ и понять то, что не подходитъ подъ его абстрактныя категоріи.

Съ другой стороны, односторонній историзмъ, отправляясь отъ законнаго стремленія къ признанію и оправданію индивидуальныхъ положеній, кончаетъ безусловнымъ преклоненіемъ предъ всякимъ историческимъ содержаніемъ, если только онъ отказывается отъ всякихъ принципіальныхъ сужденій. Перенесенный въ практическую область, онъ обозначаетъ вѣру въ непроизвольное теченіе исторіи и пассивное отношеніе къ совершающимся въ ней процессамъ. Но въ каждый данный моментъ исторія представляетъ намъ не законченные и готовые результаты предшествующаго развитія, а смѣсь стараго и новаго, отживающаго и нарождающагося, дурного и хорошаго. Къ этому смѣшенію разнородныхъ началъ нельзя относиться съ одинаковымъ признаніемъ. Человѣкъ способенъ сознавать и различать противоположныя историческія теченія и сообразно съ этимъ дѣйствовать.

Здѣсь мы опять подошли къ данному выше опредѣленію естественнаго права. Если историзмъ знаменуетъ собою преклоненіе предъ исторіей, *то раціонализмъ, какъ логическое орудіе естественнаго права, включаетъ въ себѣ идею критики и суда надъ ней*; это есть *протестъ личнаго нравственнаго сознанія противъ отжившихъ свой вѣкъ установленій*. Какъ требованіе новыхъ путей, онъ является выраженіемъ личной воли и мысли, стремящихся формулировать новыя задачи и ихъ рѣшенія. Современной наукѣ извѣстно, насколько это формулированіе совершается въ зависимости отъ историческихъ условій. Но именно этимъ объясняется,

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ Гегель говоритъ:..... „Das *wahrhafte Gute*, die allgemeine göttliche Vernunft *auch die Macht ist sich selbst zu vollbringen*“. Phil. der Geschichte S. 45 (1848 г.).

что удачно выраженная идея способна охватывать общество и направлять его на новые пути, становясь организующей силой исторіи [1]).

II.

Въ предшествующимъ изложеніи я постарался разъяснить существенное содержаніе естественно-правовой идеи, поскольку въ ней можно открыть здоровые научные элементы. Я хочу теперь сдѣлать нѣсколько общихъ замѣчаній о той конкретной формѣ, въ которую была облечена эта идея въ старой философіи права Не трудно обнаружить, что и здѣсь, хотя и въ чуждомъ современному сознанію выраженіи, скрывались тѣ же философскія и критическія стремленія, которыя были отмѣчены выше, какъ характерныя для естественнаго права. Съ другой стороны, можно показать, что особая форма, въ которой были выражены эти стремленія старой доктриной, находитъ свое объясненіе въ условіяхъ ея возникновенія и въ фактахъ дѣйствительности. Разсмотримъ послѣдовательно основныя черты, изъ которыхъ слагалась естественно-правовая философія прошлаго времени.

1. Гипотеза естественнаго состоянія. Единое и неизмѣнное естественное право.

Основной тенденціей естественнаго права я обозначилъ выше стремленіе къ нравственной оцѣнкѣ права, съ точки зрѣнія из-

[1]) О значеніи раціонализма въ исторіи очень хорошо говоритъ Чичеринъ, разсматривая раціоналистическое движеніе новаго времени. Вотъ его замѣчанія по этому поводу: „въ практической области, въ ученіяхъ о правѣ и государствѣ, раціональная точка зрѣнія въ началѣ новой исторіи... представлялась необходимою.... Надобно было воздвигать новое зданіе, для котораго не годился прежній матеріалъ. Въ этой работѣ невозможно было итти путемъ опыта, отправляясь отъ факта, отъ существующаго, ибо существующимъ было именно старое, то что отвергалось, какъ несостоятельное. Оставалось, слѣдовательно, искать въ теоретическихъ указаніяхъ разума началъ для новаго порядка вещей; *надобно было изслѣдовать, въ чемъ состоятъ раціональныя основы человѣческихъ обществъ*, и каково должно быть ихъ устройство. Вообще, *всякая борьба новаго порядка со старымъ есть борьба раціонализма съ реализмомъ, возмущеніе разума противъ жизни.* (Исторія политич. ученій. Часть 2. стр. 5).

По поводу неправильнаго утвержденія, будто бы всякій раціонализмъ отрицаетъ исторію, см. приложеніе 3.

вѣстныхъ идеальныхъ требованій. Въ настоящее время мы понимаемъ подъ этими требованіями *нравственныя* начала, къ сознанію которыхъ человѣчество приходитъ *исторически*, въ постепенномъ процессѣ своего развитія. Въ противоположность этому, старая философская школа разсматривала ихъ, какъ особую систему юридическихъ нормъ, составляющихъ изначальное достояніе человѣческаго рода. Это воззрѣніе встрѣчается уже у римскихъ юристовъ, говорившихъ о естественномъ правѣ, полученномъ людьми отъ природы, — quod natura omnia animalia docuit, по выраженію Ульпіана. Въ Дигестахъ мы находимъ также и представленіе объ естественномъ состояніи, которое считалось эпохой господства естественнаго права. Римскіе юристы думали, что нѣкогда всѣ люди были равны и свободны и составляли нераздѣльную семью, пользовавшуюся преимуществами идеальнаго правопорядка [1]). Эти воззрѣнія, отразившія на себѣ, вѣроятно, сказаніе о золотомъ вѣкѣ, столь свойственное самымъ различнымъ народамъ древности, были усвоены и средними вѣками. Богословская мысль нашла подкрѣпленіе для этихъ понятій въ библейскихъ преданіяхъ, и идея первоначальнаго естественнаго состоянія сдѣлалась общимъ мѣстомъ средневѣковой доктрины [2]). Философія права новаго времени восприняла эту идею, какъ старую школьную аксіому.

Гипотеза естественнаго состоянія поддерживалась особымъ представленіемъ объ историческомъ процессѣ, какъ объ уклоненіи отъ первоначальнаго совершенства. Предполагалось, что сначала существовали естественная религія, естественная мораль и естественное право, отъ которыхъ люди удалились съ теченіемъ времени. Сообразно съ этимъ, жизненнымъ и научнымъ идеаломъ считалось возвращеніе къ старой истинѣ въ ея первоначальной чистотѣ и неизмѣнномъ совершенствѣ. Наряду съ этой неизмѣнной истиной, историческія различія и особенности казались результатомъ произвола и случая. Значеніе развитія, сила индивидуальныхъ условій и положеній не принимались въ расчетъ.

---

[1]) Боголѣповъ. Значеніе общенароднаго гражд. права. (М. 1876), стр. 51 и 44.

[2]) Gierke, Althusius (Breslau. 1880), SS. 92—93.

Такъ можно объяснить представленія о естественномъ состояніи и о естественномъ правѣ, какъ неизмѣнномъ идеалѣ, пригодномъ одинаково для всѣхъ временъ. Для большинства писателей естественное состояніе представлялось реальнымъ фактомъ исторіи, и въ этомъ смыслѣ оно отвергается современной наукой. Тѣмъ не менѣе, въ этой идеѣ нельзя не признать вспомогательнаго научнаго пріема, при посредствѣ котораго могли приходить къ правильнымъ выводамъ. Съ помощью гипотезы естественнаго состоянія, въ сущности, хотѣли вывести начала права, предшествующаго всякимъ законодательнымъ установленіямъ и вытекающаго непосредственно изъ человѣческой природы. Въ этомъ выражалось основное стремленіе философіи права къ открытію высшихъ и послѣднихъ основаній юридическихъ установленій. Въ этомъ смыслѣ, отвергая идею естественнаго состоянія, мы никакъ не можемъ отрицать за попытками старой философіи права извѣстнаго научнаго значенія. Точно также въ отношеніи къ представленію о неизмѣнномъ и общеобязательномъ естественномъ правѣ мы должны замѣтить, что въ немъ отразилась склонность нравственнаго сознанія представлять свои постуляты безусловными и всеобщими. Моральныя требованія, какъ показалъ Кантъ, по природѣ своей, носятъ характеръ категорическихъ императивовъ. Безусловность этихъ императивовъ относится, однако, не къ содержанію ихъ, а къ формѣ: по содержанію они могутъ быть различны, сообразно съ различными индивидуальными положеніями. Старая философія не сознавала этой истины и считала возможнымъ неизмѣнное содержаніе идеальныхъ нормъ. Въ этомъ состояла ея ошибка. Но за этимъ ошибочнымъ допущеніемъ скрывалось присущее нравственному сознанію стремленіе къ безусловности своихъ утвержденій.

2. Теорія первобытнаго договора и народнаго суверенитета. Утвержденіе юридическаго характера естественнаго права.

Въ близкой связи съ идеей естественнаго состоянія, въ старой философіи права стояла теорія первобытнаго договора. Мысль о договорномъ происхожденіи государства и права извѣстна еще древности. По свидѣтельству Платона, ее высказывали со-

фисты. Съ бо́льшей опредѣленностью она выражается у эпикурейцевъ [1]). Іерингъ показалъ, что въ основѣ древне-римскихъ правовыхъ воззрѣній лежала договорная точка зрѣнія [2]). Въ средніе вѣка распространеніе договорной теоріи происхожденія государствъ можно прослѣдить, начиная съ XI вѣка, со времени спора объ инвеститурѣ [3]). Въ эпоху расцвѣта средневѣковыхъ политическихъ ученій эта теорія была господствующей. Въ новое время она также пользовалась общимъ признаніемъ. Только въ XIX вѣкѣ на смѣну ея выступили другія ученія.

Не подлежитъ сомнѣнію, что договорная теорія страдаетъ односторонностью и въ своемъ исключительномъ значеніи не соотвѣтствуетъ историческимъ фактамъ. Но было бы ошибочно думать, что она представляетъ собою продуктъ чистой фантазіи. Если эту теорію справедливо упрекаютъ въ томъ, что она переноситъ на государственныя отношенія частно-правовую точку зрѣнія, то не слѣдуетъ забывать, что въ первоначальныя эпохи отношенія эти обыкновенно складываются по началамъ частнаго права. Такой характеръ носятъ, напримѣръ, государства патримоніальныя и вольныя общины [4]). Можно говорить, что государственное начало не проявляется въ этихъ союзахъ во всей своей исключительности, но нельзя, однако, отрицать за ними характера соединеній политическихъ. Они представляютъ собою ту форму, изъ которой выработались государства современнаго типа. Въ этомъ смыслѣ, договорная теорія была отраженіемъ фактовъ дѣйствительности. Какъ разъяснилъ Іерингъ, договорный строй первоначальныхъ политическихъ отношеній явился послѣдствіемъ той роли, которую играла личность въ древнемъ правѣ [5]). Извѣстно также, какое значеніе принадлежало личному началу въ средніе вѣка. Оно получило здѣсь даже преобладаніе надъ государственной

---

[1]) Hildenbrand, Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie, SS. 79 u. 515.

[2]) Ihering, Geist des r. R. Bd. I, § 15, SS. 223—224.

[3]) Gierke, Althusius, S. 77.

[4]) См. характеристику ихъ у Чичерина, Курсъ государственной науки, ч. I, стр. 111—122.

[5]) Ihering, Geist des r. R., Bd. I, § 15.

ГОСУДАРСТВ. ПУБЛИЧНАЯ ИСТОРИЧЕСКАЯ БИБЛИОТЕКА

властью. Въ эту эпоху политическія отношенія дѣйствительно опредѣлялись по началу договорнаго соглашенія. Въ подобныхъ явленіяхъ теорія первобытнаго договора находила себѣ извѣстное подкрѣпленіе. Въ этомъ отношеніи для средневѣковой доктрины имѣли также значеніе преданія римскаго права, производившаго верховную власть отъ народной воли. Именно такъ юристы объясняли происхожденіе императорской власти, одинаково въ Германіи, какъ и въ Римѣ, ибо нѣмецкіе императоры считались наслѣдниками римскихъ [1]). Въ новое время, въ эпоху развитія государственнаго абсолютизма, договорная теорія явилась отраженіемъ римскихъ и средневѣковыхъ преданій. Она была воспоминаніемъ старыхъ вольностей и вмѣстѣ протестомъ противъ всепоглощающей власти новаго государства.

Если теорія первобытнаго договора предполагала, что всякое общеніе складывается на основаніи свободнаго соглашенія, то это объясняется состояніемъ политической мысли того времени. Невидимыя, но крѣпкія узы, связывающія личность съ исторической средой, не сразу сознаются во всей своей силѣ. Напротивъ, человѣческому уму свойственно преувеличивать значеніе личности и ея иниціативы, забывая болѣе глубокія и менѣе замѣтныя общественныя условія ея дѣятельности. Нужны были опыты практической жизни и развитіе историческаго взгляда, чтобы политическая мысль пришла къ сознанію связей, соединяющихъ личность съ обществомъ, помимо всякихъ уговоровъ и соглашеній.

Такъ можемъ мы объяснить теорію первобытнаго договора. Поводъ къ ней подали жизненныя отношенія и стремленія; исключительнымъ значеніемъ, которое она получила въ научныхъ построеніяхъ, она обязана неразвитому состоянію политической мысли.

Въ ученіи естественнаго права первобытный договоръ игралъ роль юридическаго основанія для притязаній подданныхъ по отношенію къ законодателю. Верховная власть считалась, съ этой точки зрѣнія, данной по договору, какъ нѣкоторая юридическая обязанность, обусловленная нѣкоторыми юридическими ограниченіями. Происхожденіе государства конструировалось, какъ юри-

[1]) Gierke, Althusius, S. 77.

дическій актъ, сопровождающійся юридическими послѣдствіями для обѣихъ, заключившихъ его сторонъ. Отсюда и выводились основанія для извѣстныхъ требованій по отношенію къ законодателю, и какъ крайнее послѣдствіе неисполненія этихъ требованій, право возстанія. Логическимъ заключеніямъ этого ряда мыслей было установленіе неотчуждаемаго народнаго суверенитета. Въ наиболѣе послѣдовательной формѣ выводъ этотъ былъ сдѣланъ у Руссо, признавшаго за народомъ право верховнаго суда надъ правительствомъ. Но еще въ средніе вѣка идея народнаго суверенитета была одной изъ популярныхъ принадлежностей естественно-правовыхъ построеній [1]). Эта идея была дальнѣйшимъ формулированіемъ юридической зависимости правительства отъ общества. Въ ней постулировалось для народа постоянное право контроля и верховенства надъ властью.

При этомъ противопоставленіи власти и народа государство теряло то единство, которое должно быть ему свойственно по природѣ. Въ настоящее время мы говоримъ объ одномъ государственномъ суверенитетѣ, воплощающемъ въ себѣ единую государственную волю. Доктрина прошлаго времени, и въ этомъ отношеніи, отражала на себѣ реальныя жизненныя явленія, — ту раздробленность государственной власти, которая была отличительной чертой средневѣковаго политическаго строя. Тогда дѣйствительно можно было говорить и о юридическихъ притязаніяхъ по отношенію къ правящей власти; ибо государственное начало не поглотило еще въ высшемъ единствѣ подчиненныя стихіи политической жизни.

Послѣдующее развитіе уничтожило прежнюю раздробленность государственной власти и на мѣсто этого создало ея дѣйствительное верховенство. Вслѣдствіе этого утвержденіе юридическаго значенія народныхъ притязаній по отношенію къ правительству утратило ту долю истины, которую оно имѣло прежде, въ смыслѣ извѣстнаго соотвѣтствія съ дѣйствительностью. Тѣмъ не менѣе естественно-правовыя системы долго сохраняли это утвержденіе, какъ воспоминаніе о тѣхъ порядкахъ, изъ которыхъ сло-

[1]) См. объ этомъ у Bezold, Die Lehre von der Volkssouveränität im Mittelalter въ Sybel's Hist. Zeitschrift. 1876 г., а также у Gierke, Althusius, S. 123 ff.

жился позднѣйшій политическій строй, о томъ значеніи частныхъ силъ, которымъ онѣ пользовались первоначально [1]).

Въ этихъ системахъ, которыя предполагали право, существовавшимъ до государства, и выводили его изъ потребностей человѣческой природы не только отразилась историческая дѣйствительность—ибо утвержденіе государственнаго начала есть явленіе позднѣйшее,—но и сказалась вообще вѣрная философская мысль о независимости нравственнаго сознанія о правѣ отъ авторитета государственнаго закона. Какъ мы указали ранѣе, человѣку присуще стремленіе судить законы, съ точки зрѣнія извѣстныхъ нравственныхъ требованій. Соотвѣтственно съ этимъ, на законодателѣ лежитъ обязанность сообразоваться съ высшими задачами права. Но эта обязанность имѣетъ не юридическое, а чисто нравственное значеніе [2]).

Въ этихъ скромныхъ утвержденіяхъ современной философіи права, повидимому, невозможно узнать крайнихъ притязаній естественно-правовой школы. Тѣмъ не менѣе справедливость требуетъ отмѣтить между ними историческую преемственность. Теоріи естественнаго состоянія, первобытнаго договора и народнаго суверенитета отвергнуты современной наукой; но онѣ несомнѣнно включали въ себѣ, хотя и въ иномъ выраженіи, ту самую мысль о нравственныхъ связяхъ властвованія, которая всегда останется и фактомъ жизни, и достояніемъ философіи права.

---

[1]) Интересно отмѣтить, что даже въ XIX вѣкѣ высказывались утвержденія непосредственнаго практическаго значенія естественнаго права. Такъ, напримѣръ, Роттекъ (Lehrbuch des Vernunftrechts 1840, Bd. I, § 21, S. 75), говоритъ: если опредѣленія положительнаго права по формѣ или содержанію стоятъ въ противорѣчіи съ естественнымъ правомъ, то ихъ внѣшнее значеніе все-таки не можетъ ослабить силы попираемаго ими естественнаго права. У всѣхъ угнетенныхъ сохраняется юридическое притязаніе (der vollgiltige Rechtsanspruch) требовать отмѣны несправедливыхъ законовъ; этому соотвѣтствуетъ юридическая обязанность правителей къ подобной отмѣнѣ. Существуютъ даже случаи, когда это право можетъ осуществляться съ помощью принужденія; несправедливое состояніе можетъ быть устранено силой.—Слѣдуетъ, однако, сказать, что у философовъ естественнаго права можно встрѣтить и попытки оттѣнить нравственный характеръ естественнаго закона. См. хотя бы приведенное выше мѣсто изъ Томазія.

[2]) Современная точка зрѣнія на естественное право, какъ на понятіе идеальное и при томъ развивающееся, кратко и хорошо выражена у Чичерина, Государство и собственность. М. 1882. Ч. I, стр. 87.

3. Теорія произвольнаго установленія права.

Отмѣтимъ, наконецъ, что и ученіе о произвольномъ установленіи права, при всемъ его несогласіи съ современными научными представленіями, включало въ себѣ извѣстную долю истины. Въ томъ видѣ, въ какомъ его формулировали, напримѣръ, Руссо и Вольтеръ, видѣвшіе въ правѣ человѣческое изобрѣтеніе, которое всегда можно отмѣнять и замѣнять по желанію, ученіе это, конечно, ложно[1]). Но за подобными воззрѣніями скрывалась вѣрная мысль о вліяніи на правообразованіе человѣческой воли. Въ утвержденіи, что въ исторіи дѣйствуютъ произволъ и случай, выразилось сознаніе, что съ моральной точки зрѣнія нельзя безразлично относиться къ наслѣдію прошлаго, которое создается при участіи личной воли человѣка. Дѣйствія личности могутъ быть своекорыстными и противорѣчащими нравственнымъ требованіямъ, и объяснять ихъ, какъ необходимый результатъ предшествующихъ причинъ, не значитъ еще ихъ оправдывать. Философы естественно-правовой школы не сознавали только, что, рядомъ съ личностью, въ исторіи дѣйствуютъ и другія силы, которыя мы объединяемъ теперь подъ общимъ именемъ историческихъ условій, — условій времени и мѣста. Они не понимали того, что законодатель не можетъ передѣлать въ любое время историческое зданіе по своему вкусу и желанію, и что онъ долженъ соображаться съ силою

---

[1]) У Руссо этотъ взглядъ выражается особенно ясно въ его „Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes". Изобразивъ, какъ изъ учрежденія собственности и возникновенія имущественныхъ неравенствъ проистекли различныя общественныя неурядицы, онъ говоритъ затѣмъ объ учрежденіи права и государства, какъ объ осуществленіи ловкаго плана, придуманнаго богатыми: le riche pressé par la nécessité conçut enfin le projet le plus réflechi qui sois jamais entré dans l'esprit humain. Путемъ искусныхъ аргументовъ богатые убѣдили своихъ согражданъ образовать правила справедливости и мира и подчиниться верховной власти, управляющей по законамъ. (См. Discours..., Deuxième partie). Вольтеръ рекомендовалъ слѣдующій способъ для улучшенія законовъ: Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brulez les vôtres et faites en de nouvelles. (Dictionnaire philos. Article: Lois). См. въ послѣдующемъ изложеніи взгляды Тибо по тому же предмету (глава III).

обстоятельствъ. Но если съ обстоятельствами слѣдуетъ считаться, то ихъ нельзя разсматривать, какъ неизмѣнный порядокъ природы, надъ которымъ человѣкъ не властенъ. Даннымъ условіямъ можно противодѣйствовать, пользуясь одними историческими силами противъ другихъ. Хотя и въ преувеличенномъ видѣ, естественно-правовая школа выразила своимъ ученіемъ о произвольномъ установленіи права именно эту мысль о возможности воздѣйствія на исторію. Въ этомъ отношеніи она была, несомнѣнно, ближе къ истинѣ, чѣмъ школа Савиньи съ ея ученіемъ о непроизвольности правообразованія.

ИСТОРИЧЕСКАЯ ШКОЛА.

A. Генезисъ исторической школы.

Перехожу теперь къ собственному предмету своего изслѣдованія, къ изученію исторической школы въ ея отношеніи къ доктринѣ естественнаго права. Чтобы отчетливѣе представить себѣ ея основы, я начну свое изложеніе не съ Савиньи, а съ его предшественниковъ въ XVIII вѣкѣ. Выяснивъ генезисъ школы, я буду въ состояніи раздѣльнѣе и точнѣе указать тенденціи, изъ совокупности которыхъ она возникла [1].

ГЛАВА I.

Предшественники исторической школы въ XVIII вѣкѣ.

§ 1. Гёттингенская школа.

1. Состояніе юриспруденціи до гёттингенскихъ юристовъ. Отношеніе къ ней естественнаго права. Зарожденіе гёттингенской школы. Вліяніе Лейбница и Монтескьё.

Въ сочиненіяхъ, посвященныхъ характеристикѣ исторической школы, нерѣдко встрѣчаются указанія на Густава Гуго, какъ на предшественника историческихъ юристовъ XIX столѣтія. Савиньи и Пухта сами отмѣтили выдающееся значеніе Гуго, какъ родоначальника тѣхъ воззрѣній, изъ которыхъ составилась ихъ научная программа [1].

[1]) На потребность разрѣшенія этого до сихъ поръ еще не выясненнаго вопроса было недавно указано въ нѣмецкой литературѣ Бергбомомъ (Jurispr. u. Rechtsph. Bd. I, S. 481, Note 2). Богатый матеріалъ по этому предмету собранъ Зингеромъ въ его статьѣ „Zur Erinnerung an Gustav Hugo“ (Grünhut's Zeitschr. Bd. XVI). (См. въ особенности примѣчанія). Я сдѣлалъ попытку продолжить работу нѣмецкаго ученаго, восполнивъ её новыми данными.

[2]) Savigny, Beruf... (III изд.). S. 14—15 и 120; Verm. Schriften. IV B., статья

Но Гуго не былъ одинокимъ среди юристовъ XVIII в. Онъ является лишь крупнѣйшимъ представителемъ цѣлой школы, имѣвшей своимъ основателемъ гёттингенскаго профессора Пюттера и нашедшей себѣ пріютъ, по преимуществу, въ Гёттингенѣ. Молодой въ то время гёттингенскій университетъ, находившійся подъ мудрымъ управленіемъ Мюнхгаузена, привлекалъ къ себѣ свѣжія силы и благопріятствовалъ новымъ научнымъ стремленіямъ [1]). Отсюда вышло движеніе, которому суждено было оживить нѣмецкую науку права, около двухъ столѣтій находившуюся въ состояніи упадка.

Какъ извѣстно, эта эпоха упадка наступила послѣ краткаго періода расцвѣта юриспруденціи, оживившейся подъ вліяніемъ гуманизма и реформаціи, и продолжалась почти до начала XIX в. Столь долговременный застой въ юриспруденціи объяснялся, прежде всего, водворившимися въ ней чисто-практическими стремленіями. Нѣмецкіе юристы сосредоточили свои главныя силы на осуществленіи задачи рецепціи, на приспособленіи римскаго права къ юридическому обороту своего времени; и предъ этой сложной практической задачей болѣе отдаленные научные интересы были забыты. Чтобы удовлетворять научнымъ требованіямъ, разработка права должна опираться на ясное представленіе объ его исторіи и источникахъ и стремиться къ сведенію изучаемаго матеріала въ систематическое цѣлое. Но всѣ эти требованія находили въ разсматриваемый періодъ весьма ограниченное признаніе.—Критика источниковъ, значительно подвинувшаяся впередъ въ XVI вѣкѣ, въ теченіе XVII и XVIII столѣтій не занимала болѣе нѣмецкихъ юристовъ. Нѣкоторый историческій интересъ начинаетъ пробуждаться съ конца XVII столѣтія, когда въ Германіи появ-

---

„Der 10 Mai“; ibid. V B., cf. „Recension von Hugo's Rechtsgeschichte“. Puchta Encyclopädie 1825 r. S. 65: „Er (Hugo) ist der Lehrer des XIX Jahrhunderts zu nennen“.

[1]) Pütter, Literatur des Deutschen Staatsrechts. Bd. II. § 277. О заслугахъ Мюнхгаузена для гёттингенскаго университета см. Frensdorff, Die ersten Jahrzehnte des staatsrechtlichen Studiums in Göttingen. (1887) Göttingen. У Френсдорфа можно найти данныя и о значеніи Пюттера, который оцѣнивается здѣсь, главнымъ образомъ, какъ государственникъ. Связь его съ Гуго и съ исторической школой не разсматривается.

ляются сторонники элегантной школы; но это не оказываетъ серьезнаго вліянія на разработку права. Общій взглядъ всей разсматриваемой эпохи на значеніе исторіи для юриспруденціи можно характеризовать извѣстными словами юриста XVII в. Артура Дука: «qui jurisprudentiam ex antiquitatibus illustrant, magis flores quam fructus nobis attulerunt». Ни Гейнекцій, ни даже Августъ Бахъ, учебникъ котораго по исторіи римскаго права выдержалъ шесть изданій, не произвели существенныхъ измѣненій въ этомъ отношеніи [1]).—Точно также не были чужды разсматриваемой эпохѣ и стремленія къ систематизаціи. Съ половины XVI вѣка можно прослѣдить послѣдовательный рядъ попытокъ, имѣвшихъ цѣлью привести въ болѣе стройную систему матеріалъ, унаслѣдованный отъ римскихъ юристовъ [2]). Подобныя стремленія составляютъ коренное свойство человѣческой мысли и являются неизбѣжнымъ послѣдствіемъ изученія матеріала, въ которомъ слѣдуетъ разобраться. И однако, за этотъ періодъ систематическіе опыты юристовъ представляются явленіями исключительными, остающимися безъ вліянія на общее положеніе юриспруденціи. Почти до самаго конца XVIII вѣка, въ изложеніи римскаго права господствовала система комментаріевъ къ сборникамъ Юстиніана, или такъ называем. methodus legum (die Legalordnung). Таковъ былъ ха-

---

[1]) У Гейнекція († 1741), вышедшаго изъ элегантной школы юристовъ, мы находимъ сознаніе необходимости историческихъ свѣдѣній для пониманія существующаго права. Въ этихъ именно видахъ онъ написалъ свое сочиненіе: „Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma“. Самое заглавіе сочиненія указываетъ цѣли автора. Въ предисловіи, говоря о глассаторахъ, Гейнекцій замѣчаетъ: „Quid enim aliud eminentissima illa ingenia in tot ridiculos ac pene pueriles errores abripuit, quam antiquitatum Romanarum omnisque politioris literaturae ignorantia“. Гейнекцій имѣлъ, впрочемъ, при этомъ въ виду не пониманіе духа историческаго развитія, а знаніе фактическихъ подробностей исторіи.

Бахъ († 1758) высказывалъ довольно широкій (для своего времени) взглядъ на исторію права, желая видѣть въ ней не простое перечисленіе законовъ, а также и объясненіе причинъ ихъ установленія: „Semper existimavi... necessarium esse... legum omnium jurisque rationes causasque omnes explicatas habere“ (Histor. Jurispr. Romanae. Praefatio). Но въ ту эпоху, когда не существовало еще, строго говоря, римской исторіи, подобныя желанія должны были остаться тщетными.

[2]) См. объ эт. Leibnitii Methodus nova. Pars II. § 13. Gierke Althusius. (III. Кар.). Stintzing, Gesch. der deutschen Rechtswissenschaft. SS. 256 ff. и 424 ff.

рактеръ изложенія у послѣднихъ, болѣе крупныхъ представителей этой эпохи, Гёпфнера и Глюка, по которымъ въ то время учились римскому праву.

Замкнувшись въ кругъ практическихъ задачъ, юриспруденція не находила въ себѣ достаточно силъ, чтобы выйти на новую дорогу. Потому ли что традиціонная метода не воспитывала хорошихъ ученыхъ, или потому что лучшія силы уходили въ другія области, но выдающихся юристовъ наука права за это время не выставила. Представители юриспруденціи не были въ силахъ разобраться въ сложномъ матеріалѣ римскаго права. Судьи терялись въ массѣ разнородныхъ опредѣленій Юстиніановой компиляціи и въ хаосѣ позднѣйшихъ интерпретацій. Затрудненія еще увеличивались тѣмъ, что, наряду съ римскимъ правомъ, приходилось иногда сообразоваться съ германскимъ и каноническимъ. Понятно, почему въ теченіе XVII и XVIII столѣтій не прекращаются жалобы на неопредѣленность права, на отсутствіе правильной юстиціи и произволъ судей [1]).

Въ этомъ упадкѣ юриспруденціи винили иногда естественноправовую школу. Но достаточно и поверхностнаго ознакомленія съ разсматриваемой эпохой, чтобы понять, что главная причина упадка лежала вовсе не въ естественномъ правѣ, а въ самой

---

[1]) Любопытныя данныя для характеристики судебной практики и юриспруденціи этой эпохи можно найти у Ph. Burchard'a (въ сочиненіи: „de hodiernae jurisprudentiae naevis et remediis discursus“ 1682 г.) и E. I. Vestphal'я (въ сочиненіи: „de origine et medela corruptae jurisprudentiae et justitiae“ 1727 г.). Очень характерны для этого времени жалобы на „corporis Justinianei imperfectio et confusio, legum obscuritas, multitudo, contrarietas“ (у Бурхарда). Вестфаль о юриспруденціи своего времени говоритъ: ex mixtura triplicis juris et tot interpretum opinionum cumulis orta est jurisprudentia incerta, prolixa, taediosa, difficilis, theoretica, otiosa; non fontes secuti sunt et rationes legum sed verba recitarunt, in glossatorum et interpretum opinionibus et controversiis lauream quaesiverunt“. См. подробное изложеніе сочиненій Бурхарда и Вестфаля у Baron'a Franz Hotmann's Antitribonian. Ein Beitrag zur Codificationsbestrebungen vom XVI bis XVIII Jahrh. Bern 1888. SS. XXXI - XXXVII. Баронъ собралъ интересныя данныя въ подтвержденіе того, какъ въ Германіи въ теченіе XVII и XVIII вв. (отчасти подъ вліяніемъ французскаго писателя Готмана) повторяются жалобы на corpus juris, на неопредѣленность судебной практики и несовершенство юриспруденціи, а вмѣстѣ съ тѣмъ заявляется желаніе выйти изъ этого состоянія при помощи кодификаціи.

юриспруденціи, въ недостаточности ея собственныхъ средствъ. Вліяніе философской школы въ области гражданскаго права обнаруживается собственно съ конца XVII вѣка, когда юриспруденція уже находилась въ состояніи упадка [1]). Напротивъ, именно несовершенство юридической науки заставляло иныхъ искать прибѣжища въ естественномъ правѣ, чтобы найти здѣсь удовлетвореніе стремленіямъ своей мысли къ единству и системѣ. Объ этомъ дошло до насъ свидѣтельство Лейбница. Указывая недостатки современной ему науки права, онъ замѣчаетъ, что изъ за этихъ недостатковъ болѣе благородные умы—nobiliora ingenia — выказываютъ болѣе склонности къ естественному праву и къ исторіи [2]).

Можно даже сказать, что естественно-правовая философія оказала извѣстныя услуги юриспруденціи. Такъ, отсюда вышли первыя попытки систематизаціи права [3]); здѣсь же черпали для себя источникъ болѣе свѣжія теченія, освобождавшія юриспруденцію отъ односторонняго преклоненія предъ авторитетомъ римскаго

---

[1]) Ср. объ этомъ Baron, цитир. соч. S. XXX. Интересно, что въ одномъ изъ болѣе раннихъ нѣмецкихъ проектовъ кодификаціи (XVII стол.), принадлежащемъ Conring'у, въ противоположность идеямъ XVIII в., высказывается желаніе, чтобы новый кодексъ, по возможности, ближе подходилъ къ существующему праву, во избѣжаніе затрудненій въ юридическомъ оборотѣ (ibid. S. XXVII). Нерасположеніе къ естественному праву высказывается также у Бурхарда (1682 г.). Иначе говорятъ сторонники кодификаціи позднѣйшаго времени, какъ, напримѣръ, Кокцеи и, въ особенности, Тибо. О кодификаціонной работѣ Кокцеи см. обстоятельную статью Тренделенбурга: „Friedrich der Grosze und sein Groszkanzler Samuel von Cocceji (въ „Philolog. und histor. Abhandlungen der Königlich. Akademie der Wissenschaften zu Berlin. Aus dem Jahre 1863. Berlin 1864). Дѣятельность Кокцеи прослѣживается въ связи съ его идеями по естественному праву. Здѣсь же (въ началѣ статьи) можно найти данныя о печальномъ состояніи юриспруденціи, вызвавшемъ кодификацію Фридриха В. О Тибо см. ниже, главу III.

[2]) Привожу подлинныя слова Лейбница: „atque hinc simul apparet, cur nobiliora et ad res regendas nata ingenia indignatione quadam et velut nausea concepta secessionem a jureconsultis jamjam moliantur, magisque inclinent juris naturalis et historiarum iucundiorem potius ductum sequi quam haerere inter tot ambages obscuri juris“. (См. ст. „Ratio corporis juris reconcinnandi“. § 79. По изданію Dutens'a (Opera omnia) Tom. IV, pars III, p. 241).

[3]) Этого не отрицали и писатели, критически относившіеся къ естественному праву. См. объ эт. у Singer'a, Zur Erinnerung an Gustav Hugo (Grünhuts Zeitschr. Bd. XVI. S. 292. Note 19).

права. Въ естественномъ правѣ для нѣмецкаго правообразованія возникъ новый факторъ, явившійся противовѣсомъ исключительному значенію римскихъ началъ и способствовавшій проведенію въ жизнь принциповъ германскихъ [1]).

При всемъ томъ, нельзя, однако, отрицать, что въ упрекахъ позднѣйшихъ юристовъ по адресу естественнаго права была извѣстная доля справедливости. Не можетъ быть сомнѣнія—на это указали Гуго, Савиньи и Пухта [2]), — что абстрактныя тенденціи раціоналистической философіи и систематическое игнорированіе ею исторіи отразились неблагопріятно на научной обработкѣ положительнаго права. Правда, еще въ 1667 году философъ Лейбницъ выступилъ съ требованіемъ реформъ въ юриспруденціи; но въ XVII вѣкѣ онъ не нашелъ сочувствія среди юристовъ. Получившая затѣмъ преобладаніе Вольфіанская философія права, скорѣе способна была задержать, чѣмъ вызвать развитіе юрической науки. Занимаясь раціональнымъ оправдавіемъ положительнаго права, она, по замѣчанію Гуго, одинаково готова была выводить изъ неизмѣнныхъ требованій разума и французскую конституцію, и Священную Римскую имперію [3]). Въ сущности, подобное направленіе было одинаково безплодно и для философіи, и для юриспруденціи. Вмѣсто того, чтобы сообщать юристамъ идеальныя начала или побуждать ихъ къ историческимъ изслѣдованіямъ, Вольфіанцы давали положительному праву раціоналистическое обоснованіе и закрѣпляли существующее печатью разумности.

Естественно, что новое движеніе въ юриспруденціи, подготовленное общимъ развитіемъ научнаго духа, выступило не только

---

[1]) Особенно ясно это показалъ Gierke. См. его брошюру по эт. предмету: „Naturrecht und Deutsches Recht". Frankfurt A/M 1883. Вслѣдъ за нимъ тоже утверждаетъ Strohal, въ статьѣ: „Modernes Privatrecht". (Въ Сборникѣ: „Rechtsforschung und Rechtsunterricht auf den deutschen Universitäten". Berlin 1893. S. 48).

[2]) Савиньи говорилъ въ „Beruf unserer Zeit"... объ „ungünstige Einwirkung eines vielfältigen flachen Bestrebens in der Philosophie" и объ „unglückliche Anwendung Wolfischer Philosophie auf die Rechtswissenschaft (Vorrede der zweiten Ausgabe 1828, а также § 6). Гуго о томъ-же писалъ въ своей статьѣ. „Daniel Nettelbladt". (Civ. Magasin Bd. II. S. 1 ff.). Пухта—въ Encyclopädie (1825 г.). S. 60 ff.

[3]) См. Hugo въ статьѣ: „Daniel Nettelbladt" l. c. S. 38 – 40.

противъ господства среди юристовъ практическихъ стремленій, но и противъ утвердившихся пріемовъ философской школы [1]). Движеніе это возникло въ Гёттингенѣ, куда, по свидѣтельству Пюттера [2]), съ самаго начала старались привлекать профессоровъ, «умѣвшихъ соединять исторію, филологію и литературу съ

---

[1]) Интересно упомянуть, что Савиньи впослѣдствіи (въ 1838 г.) склоненъ былъ болѣе подчеркивать значеніе борьбы противъ узко-практическаго направленія юриспруденціи, чѣмъ противъ анти-исторической философіи. Говоря объ отношеніи Гуго къ предшествующимъ юристамъ, Савиньи замѣчаетъ, что у него, какъ и у его послѣдователей, вовсе не было стремленія превозносить исторію, въ ущербъ настоящему; ибо до нихъ никому и въ голову не приходило совершенно игнорировать исторію и строить зданіе права изъ собственныхъ мыслей, заново и по своему произволу. Зло состояло скорѣе въ томъ, что положительный матеріалъ соединяли въ одно цѣлое безъ критики и анализа его составныхъ частей. При подобномъ соединеніи разнообразнаго и несоединимаго, трудно было сказать, страдали ли отъ этого болѣе практическія цѣли жизни или историческая истина. Причину этого Савиньи видитъ въ небрежности и недостаткѣ мысли у самихъ юристовъ (Verm. Schriften Bd. IV, статья: „Der 10 Mai 1788“ SS. 197—198). Въ приведенномъ мѣстѣ Савиньи какъ-бы забываетъ ту борьбу за историческое пониманіе права, которую пришлось вести ему самому вслѣдъ за Гуго. Въ статьѣ, написанной въ 1838 г., ему представлялась болѣе важной другая сторона стремленій исторической школы. Ранѣе и онъ воздавалъ должное заслугѣ пробужденія историческаго духа, отсутствіе котораго онъ самъ приводилъ въ связь съ состояніемъ философіи права своего времени (См Beruf. (III изд.) SS. 4—6, 14 — 15, 48 и 85; а также вступительную статью въ Zeitsch. für Geschichtl. Rechtsw. Bd. I. 1815). Въ недавнее время (1879 г.) Maassen (въ статьѣ о Савиньи) повторилъ мысль, что бѣда юриспруденціи XVIII в. была не въ раціонализмѣ, а въ ея собственной слабости. Въ этомъ утвержденіи, какъ и въ приведенныхъ словахъ Савиньи справедливо то, что главная причина упадка юриспруденціи заключалась въ ней самой, а не въ раціоналистической философіи, вина которой была лишь въ пренебреженіи къ историческому праву и въ неспособности поднять его изученіе на должную высоту. Однако, этого послѣдняго обстоятельства не слѣдуетъ забывать, говоря о состояніи юриспруденціи въ XVIII вѣкѣ. См. по этому поводу также Brinz (въ Kritische Vierteljahresschr. für Gesetzg. und Rechtsw. Bd. II (XXI) 1879 München, статья: Die Savigny-feier am 21 Februar 1879). Бринцъ высказывается противъ утвержденія Маассена (l. c. SS. 483—485).

[2]) Pütter, Literatur des Deutschen Staatsrechts Bd. II § 277. Какъ извѣстно, въ Гёттингенѣ зародилось и новое научное движеніе въ исторіи вообще. Гаттереръ и Шлёцеръ явились реформаторами нѣмецкой исторической науки. См. о нихъ Weber. Allg. Weltgeschichte Bd. XIII (1888 г.) SS. 682—685.

непосредственно-примѣнимыми науками». Изъ этого соединенія и должно было вырости новое научное направленіе въ юриспруденціи.

Но общее развитіе научныхъ стремленій было и здѣсь, какъ всегда, утверждено и ускорено отдѣльными личностями. Въ удачномъ выраженіи или счастливомъ выполненіи извѣстныхъ мыслей послѣдующія поколѣнія получаютъ и опорные пункты, и ободряющіе примѣры для своей работы. Въ этомъ смыслѣ для гёттингенской школы особенное значеніе имѣли два писателя: Лейбницъ и Монтескьё.

Какъ извѣстно, Лейбницу принадлежитъ нѣсколько небольшихъ трактатовъ по вопросамъ права [1]). Но изъ всѣхъ ихъ наибольшее значеніе для послѣдующаго времени имѣло его сочиненіе: «Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae», вышедшее въ 1667 году. Лейбницъ выступилъ здѣсь съ предложеніемъ реформъ въ преподаваніи и изученіи права, причемъ основная цѣль его предложеній состояла въ томъ, чтобы придать юриспруденціи болѣе научный и систематическій характеръ. Онъ объявляетъ себя противникомъ той methodus legum, которая строго держалась сборниковъ Юстиніана. Указывая на отсутствіе системы въ этихъ сборникахъ, на несоотвѣтствіе ихъ порядка съ потребностями новаго времени, обнаруживая «methodi Justinianeae vitia», Лейбницъ требуетъ строго логической системы изложенія права, въ которой отдѣльныя понятія нашли бы свою естественную связь («naturalissima rerum ex se fluentium connexio») [2]). Съ другой стороны, мы находимъ у Лейбница требо-

---

[1]) См. о Лейбницѣ, какъ юристѣ, спеціальную монографію G. Hartmann'a „Leibnitz, als Jurist und Rechtsphilosoph". Tübingen 1892. О значеніи Лейбница для гёттингенской школы здѣсь не говорится. Я утвердился въ этой мысли, изучая самихъ гёттингенскихъ юристовъ.

[2]) Въ этомъ смыслѣ и самъ Лейбницъ пытался начертать систему юридическихъ понятій (см. Nova Meth. Pars II §§ 14—21, по изданію Dutens (Opera omnia. Tom. IV, pars III, pp. 185 sqq.). Ср. у Hartmann'a, S. 25 ff. Прибавлю здѣсь, что Лейбницъ и въ другихъ статьяхъ касался недостатковъ современной ему юриспруденціи, высказывая тѣ же сѣтованія на „obscuritas juris Romani", о которыхъ мы говорили выше со словъ Бурхарда и Вестфаля. См. его статью: „Epistola ad amicum de naevis et emendatione jurisprudentiae Romanae" (l. c. pp.

ваніе, чтобы изученію права предшествовало ознакомленіе съ его исторіей [1]). Но въ учебникахъ своего времени, у Форстера и Готофреда, Лейбницъ не находитъ болѣе подробнаго изображенія постепенныхъ измѣненій римскаго права: «въ нихъ не указывается, какія положенія были установлены трибунами, консулами, преторами и императорами въ различныя эпохи, пока, наконецъ, римское право не приняло своей завершенной формы» [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ, онъ требуетъ различенія въ преподаваніи отжившихъ частей права отъ дѣйствующихъ: первыя должны найти свое мѣсто въ исторіи и въ институціяхъ общаго права (institutiones juris universi); но на ряду съ этимъ долженъ быть курсъ, въ которомъ бы преподавалось только дѣйствующее право (quae in usu versantur, minimeque abrogata) [3]).

Въ свое время эти предложенія не обратили на себя вниманія. Только съ 1748 года, когда методологическое сочиненіе Лейбница вновь было издано Вольфомъ, высказанныя въ немъ мысли находятъ себѣ сочувствіе и распространеніе. Пюттеръ по-

---

230 sqq.); „Ratio corporis juris reconcinnandi“ (ibid., 235 sqq.); „XV Epistolae ad H. E. Kestnerum“ (Epistolae I et II, ibid., 253 sqq).

[1]) См. Nova Meth., pars II § 30: Historia externa ad jurisprudentiam necessaria est. Historia Romana ad intelligendum jus civile, ecclesiastica ad intelligendum jus canonicum. Ср. также § 97; Hoc jam juris cultori persolvendum est, ut non solum, quid juris sit, sed et quid juris fuerit, discat.

[2]) Nov. meth. § 29.

[3]) Ibid. §§ 24 и 94. — Баронъ (въ цитир. выше сочиненіи) находитъ намекъ на идеи Савиньи, а именно „das Betonen einer gründlichen Rechtswissenschaft, die historische Behandlung der Rechtssätze“ у Вестфаля въ сочиненіи его „de origine et medela corruptae jurisprudentiae et justitiae“ (1727). Въ подтвержденіе онъ приводитъ слѣдующія требованія Вестфаля: „reduc jurisprudentiam ad fontes, ad historiam, ad indolem reipublicae, ad primas rationes et usum genuinum, vagas opinionum, observantiarum et interpretum myriades jube esse extorres prorsus et exules in cathedris et curiis...“ Несомнѣнно, что пожеланія Вестфаля содержатъ въ зародышѣ мысль Савиньи о необходимости историческаго изученія права; но то-же можно сказать и о болѣе раннихъ (1667 г.) проектахъ Лейбница, которые тѣмъ болѣе важны для насъ, что на нихъ именно ссылалась впослѣдствіи гёттингенская школа, между тѣмъ какъ требованія Вестфаля остались незамѣченными. Они представляютъ, однако, интересъ, какъ одно изъ проявленій пробуждавшагося историческаго духа.

вторяетъ ихъ въ своемъ «Новомъ опытѣ юридической энциклопедіи» [1]); а вслѣдъ за Пюттеромъ ихъ усвоиваютъ и другіе гёттингенскіе юристы. Совокупность новыхъ методологическихъ пріемовъ получаетъ у нихъ названіе методы Лейбница и Пюттера («die Methode, welche Leibnitz und Pütter vorschlugen») [2]). Выдержками изъ Лейбницевой методологіи Гуго открывалъ свой «Цивилистическій магазинъ», который былъ предназначенъ для распространенія новыхъ взглядовъ. Авторитетомъ великаго философа стремились защитить новыя начинанія отъ нападеній противниковъ [3]).

Не менѣе важно было для гёттингенской школы и вліяніе Монтескьё. Мы отмѣтили выше, что еще съ конца XVII в. въ Германіи началось пробужденіе историческаго интереса. Значеніе исторіи начинали понимать; его подчеркивалъ въ своей методологіи и Лейбницъ. Но все-таки идея внутренней исторіи права не получила должнаго развитія, и въ особенности не находило признанія настоящее пониманіе существа исторіи, какъ области индивидуальныхъ явленій, которыя не могутъ быть подведены подъ общую мѣрку. Въ этомъ отношеніи сочиненіе Монтескьё открыло собою новую эпоху.

Въ томъ же самомъ 1748 году, когда была вновь издана Лейбницева методологія, появилось и знаменитое произведеніе французскаго писателя «De l'esprit des lois». Монтескьё показывалъ, какъ подъ вліяніемъ различныхъ условій складываются различныя формы исторической жизни, какъ, сообразно съ обстоятельствами, измѣняются установленія и законы народовъ. Въ противоположность общему убѣжденію вѣка, считавшаго возможнымъ установить одинаковое идеальное право для всѣхъ странъ, Монтескьё говорилъ: «законы должны быть

---

[1]) Упоминаніе сочиненія Лейбница мы находимъ на 4-й страницѣ „Новаго Опыта", гдѣ оно помѣщено на первомъ мѣстѣ въ числѣ книгъ, рекомендуемыхъ по энциклопедіи и методологіи правовѣдѣнія.

[2]) См. статью Spittler'a о Brandis'ѣ въ Civ. Mag. I B. (изд. 1810 г.) S. 109 ff. и стат. Hugo. Leibnitz въ Civ. Mag. I B. S. 10 ff.; а также Beiträge zur civil. Bücherkenntniss (его-же) I Bd. S. 98 и 417; II Bd. S. 181.

[3]) См. напр. Гуго: „Schriftsteller mit Meinungen und Projeckten verlacht worden sind, die doch im Grunde nur *Wiederholungen von dem waren, was Leibnitz gesagt hatte*".

настолько свойственны народу, для котораго они созданы, что слѣдуетъ считать величайшей случайностью, если установленія одной націи могутъ быть пригодными для другой» [1]).

Первый отголосокъ этихъ взглядовъ Монтескьё мы опять-таки находимъ у Пюттера. Когда этотъ послѣдній формулировалъ въ 1767 году идею различія положительныхъ правъ, въ зависимости отъ различія народовъ и временъ [2]), онъ ссылался при этомъ на авторитетъ французскаго писателя [3]). Характерное для Гёттингенской школы отрицаніе общепригоднаго естественнаго права было почерпнуто ею у Монтескьё. Подъ его вліяніемъ, она начинаетъ проповѣдывать уваженіе къ положительнымъ установленіямъ въ ихъ исторической своеобразности. Отсюда проистекало и ея стремленіе создать особую науку «общаго гражданскаго права» или «философію положительнаго права». Въ этой наукѣ должны были быть сопоставлены различныя положительныя права, какъ одинаково необходимыя при различныхъ условіяхъ [4]). Монтескьё является для гёттингенскихъ юристовъ и поучительнымъ образцомъ историческаго изученія вообще. Такъ, напримѣръ, Гуго въ предисловіи къ переводу 44-ой главы изъ римской исторіи Гиббона (представляющей обзоръ развитія римскаго права) говорилъ о необходимости вступить на путь, открытый Монтескьё [5]), и положить начало изученію исторіи, чуждому практическихъ цѣлей. У юристовъ конца XVIII в. именемъ Монтескьё обыкновенно означалось строго историческое направленіе, свободное отъ абстрактныхъ построеній и признающее разнообразіе историческихъ условій и явленій [6]). Значеніе французскаго писателя

[1]) De l'esprit des lois, livre I, chap. III.

[2]) Pütter. Neuer Versuch S. 22.

[3]) Ibid S. 24 (примѣч. къ § 44).

[4]) За подобную науку, кромѣ Пюттера (см. Neuer Versuch. §§ 43 и 44; ср. также статью Hugo въ Civ Mag. III B. (1812 г.) S. 92 ff: „Pütter's Verdienste um die Philosophie des positiven Rechts" и Civ. Mag. V B. статья „Pütter"), высказывались также гёттингенскіе профессора Федеръ и Михаэлисъ (см. Hugo. Phil. des posit. Rechts III изд. S. 28.); послѣдній ссылался при этомъ на примѣръ Монтескьё. Гуго осуществилъ желаніе своихъ предшественниковъ въ своемъ курсѣ „философіи положит. права".

[5]) Hugo. Beiträge zur civilistisch. Bücherkenntniss I Bd. SS. 131—132.

[6]) Приведу здѣсь нѣкоторыя цитаты, въ которыхъ упоминается имя Монтескьё

для нѣмецкой науки было впослѣдствіи забыто. Но еще Гегель и Савиньи помнили заслугу Монтескьё, какъ борца противъ нивеллирующихъ тенденцій естественно-правовой школы [1]).

Отмѣтивъ главнѣйшія вліянія, подъ которыми создалась гёттингенская школа [2]), разсмотримъ теперь взгляды ея основателя Пюттера и его главнѣйшаго ученика Густава Гуго.

2. Пюттеръ.

Работы Пюттера относятся, главнымъ образомъ, къ государственному праву [3]). То, что онъ сдѣлалъ для философіи права и

и опредѣляется его значеніе. Тибо въ своей „Dissertatio de genuina juris personarum et rerum indole (p. 30) обвинялъ историческихъ юристовъ въ томъ, что они усвоили „*Galli illius* (т. е. Монтескьё) paradoxon, *historiam historia, leges legibusque explicandas esse*“. Какъ сторонникъ философск. направленія, онъ видѣлъ въ этомъ недостатокъ. Напротивъ, критикъ Тибо, анонимный авторъ сочиненія „Geist der iuristischen Literatur von dem Jahre 1796“, возставая противъ философскаго объясненія исторіи, говоритъ: „wir sagen mit Montesquieu: das Geschichtliche kann nur aus der Geschichte erklärt werden“. (S. 82).— Ср. также слова Тибо въ его брошюрѣ „Ueber die Nothwendigkeit eines allg. bürgerl. Rechts“ S. 41: „Wie oft haben wir nicht *seit Montesquieu* davon reden gehört, dass das Recht klüglich nach den Umständen, nach dem Boden, dem Klima, dem Charakter der Nation, so wie nach Tausend anderen Dingen zu modificiren sey? Нѣмецкіе юристы прошлаго вѣка вели происхожденіе подобныхъ воззрѣній на право отъ Монтескьё.“

[1]) Hegel въ „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ (II Aufl. 1840 г. SS. 25—26) говорилъ о томъ, что Монтескьё намѣтилъ истинно—историческую и вмѣстѣ истинно—философскую точку зрѣнія, показавъ необходимость разсматривать законодательства не изолированно и абстрактно, а въ связи со всѣми опредѣленіями, составляющими характеръ націи и времени —Въ другомъ мѣстѣ (Krit. Journal der Phil. II Bd., III Stück., SS. 26—27) онъ отмѣчаетъ значеніе Монтескьё для распространенія взгляда, что право не можетъ выводиться изъ такъ назыв. разума.—Савиньи (въ „Beruf“.... III изд. S. 41) припоминаетъ предостереженія Монтескьё противъ злоупотребленія идеей однообразія (въ правѣ).— Въ современной нѣмецкой литературѣ значеніе Монтескьё для развитія взглядовъ исторической школы не получило должнаго признанія: сколько мнѣ извѣстно, о немъ говорятъ лишь Mejer и Singer (въ статьяхъ о Гуго).— О соотношеніи взглядовъ Монтескьё и Іеринга см. ниже, въ главѣ о Іерингѣ.

[2]) О предполагаемомъ вліяніи на Гуго идей Гердера см. ниже, глава II.

[3]) Подробное перечисленіе ихъ см. въ Pütter's Literatur des deutsch. Staatsrechts, Bd. II, § 282.

для методологіи, носило скорѣе характеръ программы для будущихъ изслѣдователей. Тѣмъ не менѣе его оппозиція противъ Вольфіанской школы и противъ недостатковъ современной ему юриспруденціи имѣла весьма важное значеніе для послѣдующаго времени. Гуго говорилъ впослѣдствіи, что никто въ такой мѣрѣ, какъ Пюттеръ, не способствовалъ разрушенію догматовъ Вольфіанской философіи права [1]). Въ себѣ самомъ онъ видѣлъ не болѣе, какъ ученика Пюттера, исполняющаго программу своего учителя [2]). О значеніи, которое придавалъ Гуго своему предшественнику, можно также судить изъ слѣдующихъ его словъ: «обычная книга по римскому или естественному праву для меня, ученика Пюттера тоже, что для Кантіанца метафизика или мораль до Канта или для противника теоріи флогистона химія до Лавуазье» [3]).

Требованія реформъ въ юриспруденціи, которыя Пюттеръ постоянно высказывалъ съ каѳедры, онъ формулировалъ въ своемъ курсѣ энциклопедіи права («Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie» 1767 года).

Мы находимъ у него прежде всего желаніе, чтобы юриспруденція обращала вниманіе на права всѣхъ народовъ и временъ [4]). Всякій народъ, утверждаетъ онъ, имѣетъ свое положительное право, которое измѣняется съ теченіемъ времени [5]). Но отдѣльныя права вліяютъ другъ на друга, и при ихъ совмѣстномъ изученіи можно открыть какъ ихъ взаимную связь, такъ и ихъ различія, проистекающія изъ разнообразія климатовъ, религій, нравовъ и т. д. [6]) Этими утвержденіями, почерпнутыми, очевидно, у Монтескьё, Пюттеръ становится въ противорѣчіе съ школой естественнаго права, стремившейся къ построенію общепригоднаго идеала. Онъ допускаетъ, что въ случаѣ пробѣловъ положительнаго права, оно должно быть пополняемо принципами

---

[1]) Civil. Magaz. Bd. III, S. 92 (статья: „Pütter's Verdienste")...
[2]) „Beiträge..." Bd. I, S. 216.
[3]) Civil. Magaz. Bd. III, SS. 75—76 (статья: Höpfner).
[4]) Pütter. Neuer Versuch § 43. S 23.
[5]) Ibid. § 43.
[6]) Ibid. § 44.

права естественнаго, но не вѣритъ въ возможность законодательства, годнаго для всѣхъ [1]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ, Пюттеръ высказываетъ интересъ къ историческому изученію. Ни одно положительное право, думаетъ онъ, не можетъ быть понято и объяснено безъ его исторіи, которая, притомъ, должна разсматривать не только перемѣны въ самомъ правѣ, но и въ государственныхъ учрежденіяхъ, «ибо рѣдко бываютъ такіе законы, которые бы не имѣли основанія въ государственномъ устройствѣ своего времени» [2]). Становясь на эту историческую точку зрѣнія, Пюттеръ считаетъ необходимымъ при изученіи Юстиніанова права начинать съ древнѣйшихъ временъ, когда были заложены основы послѣдующаго развитія [3]). Онъ требуетъ также, чтобы дѣйствующее римское право преподавалось въ своемъ чистомъ видѣ и возстаетъ противъ смѣшенія въ одномъ курсѣ различныхъ правъ, происходящихъ отъ различныхъ законодателей и временъ (онъ разумѣетъ здѣсь обычный способъ изложенія римскаго права въ связи съ институтами германскаго и каноническаго правъ) [4]).

Наконецъ, подобно Лейбницу, Пюттеръ высказывается противъ преподаванія римскаго права по законодательнымъ сборникамъ и требуетъ вмѣсто этого систематическихъ чтеній. [5])

Такимъ образомъ, Пюттеръ одновременно возставалъ и противъ абстрактной философіи права, и противъ юриспруденціи, лишенной историческаго духа, критическаго расчлененія матеріала и систематическихъ стремленій.—Подъ его вліяніемъ образовалась въ Гёттингенѣ цѣлая школа юристовъ, самымъ виднымъ представителемъ которой былъ Густавъ Гуго [6]).

---

[1]) Спеціальное осужденіе пріемовъ Вольфовой школы мы находимъ въ Liter. des deutsch. Staatsrechts Bd. I, § 253.

[2]) Neuer Versuch §§ 122—123.

[3]) Ibid. §§ 130 и 133.

[4]) §§ 121 и 137—140.

[5]) §§ 121, 137, 138, 139 и 140. Изъ прежнихъ систематиковъ Пюттеръ особенно высоко ставитъ Вультея (§§ 139—140). Для насъ интересно отмѣтить эту связь Пюттера, а вмѣстѣ съ тѣмъ и Гуго, съ систематиками болѣе ранними.

[6]) Кромѣ Гуго, изъ противниковъ естественно-правовой школы, примыкавшихъ къ гёттингенскому направленію, упомянемъ Рейтемейера („Энциклопедія

3. Густавъ Гуго [1]).

Попытки къ обновленію юриспруденціи, въ томъ видѣ какъ онѣ проявились у Лейбница и Пюттера, были обусловлены воздѣйствіемъ пробуждавшагося научнаго духа. Въ самомъ существѣ научнаго духа коренятся и критическія тенденціи, и стремленія къ систематизаціи, и потребность изслѣдованія причинъ изучаемыхъ явленій; а эта послѣдняя потребность для юриста означаетъ обращеніе къ исторической методѣ. Сознаніе необходимости историческаго изученія права первоначально возникло *на почвѣ чисто теоретическихъ стремленій.*

права"), Флатта (Ideen zur Revision des Naturrechts), сочиненія которыхъ появились въ 1785 году, и Зейденштикера (Iuristische Fragmente. Göttingen 1802, см. особенно II Theil).—За связь философіи права съ положительнымъ законодательствомъ высказывались также гёттингенскіе профессора Федеръ и Михаэлисъ (см. Hugo's Phil. des pos. Rechts. IV изд. SS. 30 и 31 и III изд. S. 28, а также Civ. Mag. III B. Ст. „Pütter's Verdienste").—Противъ обычной методы въ юриспруденціи возставали Брандисъ и Шпиттлеръ (см. Civ. Mag. I B. изд. 1810 г. статья Spittler'a „Ueber die literarische Bildung des seligen Professor Brandis.") Осуществленіе программы Пюттера въ юридическомъ преподаваніи началось, однако, лишь въ концѣ XVIII вѣка, когда въ Гёттингенѣ открылись систематическіе курсы пандектъ (Вальдека, Мейстера, Зейденштикера, Тукерманна), преподаваніе внутренней исторіи права (Бёмеръ и Гуго), чтеніе философіи положительнаго права (Гуго). См. объ этомъ статьи Hugo, Civ. Mag. I Bd. (перв. изд.): „Neue civilistische Collegien in Göttingen" и „Erläuterungen über den neuen Civil. Cursus". Вслѣдъ затѣмъ систематическія чтенія, по свидѣтельству Гуго, прививаются и въ другихъ университетахъ (см. Beiträge II, 561; Civ. Magaz. IV Bd. 1813 г. статья „Ueber die Art das Corpus juris zu citiren" S. 221: „систематическія чтенія повсюду получили преобладаніе; даже Глюкъ усвоилъ ихъ; можно перечислить доцентовъ, которые держатся старой методы").

[1]) О Гуго ср. упомянутую выше статью Зингера, въ Grünhut's Zeitschr. Bd. XVI, а также изложеніе его взглядовъ у Чичерина, Истор. пол. уч., ч. IV, стр. 419 слл. Любопытную и тепло написанную біографію Гуго далъ О. Мейеръ (Preuss. Jahrbücher, Bd. XLIV, V Heft, 1879 г.); взгляды Гуго изложены здѣсь менѣе тщательно.

Изъ подробностей научнаго развитія нашего писателя упомянемъ слѣдующія. Еще со времени студенчества онъ съ увлеченіемъ занимался исторіей и философіей. Историческіе интересы были поддержаны въ немъ Шпиттлеромъ (профессоромъ исторіи, примыкавшимъ къ новому научному движенію въ Гёттингенѣ), философскіе—Федеромъ. Отъ Пюттера онъ могъ усвоить новые взгляды на право,

Къ этому теоретическому пониманію важности исторіи присоединяется впослѣдствіи *практическое уваженіе къ историческому прошлому*. По мѣрѣ приближенія къ бурнымъ движеніямъ конца XVIII вѣка, начинаютъ раздаваться голоса въ пользу осторожнаго обращенія съ исторіей. Въ оппозицію радикальнымъ теоріямъ возникаютъ умѣренно-прогрессивныя и консервативныя. Въ этомъ уваженіи къ прошлому историческій интересъ получаетъ новую и самую сильную поддержку. Когда къ чисто научнымъ мотивамъ присоединились политическіе, полемика противъ старыхъ воззрѣній получила особенное оживленіе.—Подобное сочетаніе научныхъ мотивовъ съ политическими мы находимъ у Гуго.

Гуго выступилъ на литературное поприще съ яснымъ сознаніемъ необходимости реформъ въ юриспруденціи. То, что Пюттеръ намѣтилъ въ видѣ программы, онъ хотѣлъ осуществить и провести въ жизнь. Общій смыслъ его научныхъ стремленій сводился къ тому, чтобы придать юридическому преподаванію научный характеръ, въ противоположность чисто практическому направленію предшествующихъ юристовъ [1]). Съ этой точки зрѣнія, онъ постоянно защищалъ требованія, выставленныя Пюттеромъ, въ мелкихъ рецензіяхъ, въ журнальныхъ статьяхъ и наконецъ, въ

какъ на явленіе историческое. Съ Монтескьё Гуго ознакомился очень рано; вліяніе французскаго писателя замѣтно уже въ первой его работѣ: „De fundamento successionis ab intestato ex jure Romano antiquo et novo“. 1785 г. (См. Мейеръ, l. c. S. 467). Вскорѣ онъ заинтересовался и Гиббономъ, изъ классическаго сочиненія котораго перевелъ одну главу (44-ую) въ 1789 году. Всѣ эти воздѣйствія съ самаго начала воспрепятствовали Гуго замкнуться въ узкія рамки рутинной юриспруденціи.—Гуго не мало занимался также Кантомъ, но вліяніе на него идей великаго философа далеко не было столь существеннымъ, какъ это представляется Мейеру (l. c. SS. 475—476). Оно ограничилось усвоеніемъ нѣкоторыхъ второстепенныхъ понятій (см. Чичерина, стр. 419—420). Какъ увидимъ далѣе, лозунгомъ для Гуго служилъ не категорическій императивъ Канта, а слѣдующія слова Монтескьё (De l'esprit des lois. Préface): „si je pouvais faire en sorte que tout le monde eût de nouvelles raisons pour aimer... ses lois.... qu'on pût mieux sentir son bonheur dans chaque pays, dans chaque gouvernement.... je me croirais le plus heureux des mortels“. (См. объ этихъ словахъ замѣчаніе самого Гуго, Beiträge, Bd. I, S. 22).

[1]) См. цитир. выше предисловіе къ переводу 44 гл. Гиббоновой исторіи; предисловіе къ „Civ. Magaz.“ I Bd. S. 2—3:, а также рецензіи на Гёпфнера (Civ. Mag. I Bd. (I изд.). S. 216) и Глюка (ibid. SS. 500—501).

своихъ учебникахъ, въ которыхъ старался осуществить новыя идеи. Для распространенія ихъ и для критики старыхъ воззрѣній онъ основалъ и особый журналъ «Civilistisches Magazin», который имѣлъ въ свое время большой успѣхъ. [1])

Съ другой стороны, въ дѣятельности Гуго можно отмѣтить практическое стремленіе къ защитѣ существующаго. Вся его «философія положительнаго права» проникнута подобнымъ консервативнымъ духомъ. Боязнь перемѣнъ, способныхъ расшатать зданіе вѣковыхъ установленій, заводитъ Гуго на путь реакціи и квіетизма. Радостныя надежды вѣка просвѣщенія на легкое пре-

---

[1]) I и II томы разошлись въ четырехъ изданіяхъ (I т.—въ 1791, 1803, 1810 и 1823 гг.; II—въ 1797, 1804, 1812 и 1824). Первый томъ журнала открывался выдержками изъ Лейбница и Пюттера, авторитетомъ которыхъ Гуго хотѣлъ освятить свои предложенія. Въ этомъ же томѣ Гуго помѣстилъ большія статьи противъ Гёпфнера и Глюка, двухъ наиболѣе крупныхъ представителей стараго практическаго направленія.—Проповѣдь Гуго вообще имѣла успѣхъ. Историческіе и критическіе пріемы изученія права начинаютъ проникать въ юриспруденцію. Систематическія чтенія распространяются повсюду. Замѣчу мимоходомъ, что самому Гуго суждено было дать и общую схему систематическаго изложенія, до сихъ поръ лежащую въ основѣ преподаванія пандектнаго права. По его собственнымъ словамъ, (Beiträge, Bd. II, S. 702) онъ пришелъ къ этой схемѣ путемъ видоизмѣненія системы институцій. Въ первомъ изданіи своей Römische Rechtsgeschichte. онъ, держась порядка институцій, излагалъ сначала Personenrecht, затѣмъ Sachenrecht, разбивая послѣднее на три отдѣла: 1) Ius in rem. 2) Ius in personam obligatam и 3) Verlassenschaften. Второе и третье подраздѣленія (Ius in pers. obl. и Verlassenschaften) были внушены Гуго, по его признанію, системой французскаго юриста Domat (ibid. S. 703). Въ чтеніяхъ о современномъ римскомъ правѣ, гдѣ римскій отдѣлъ „de personis“ не могъ имѣть значенія, онъ прямо начиналъ съ Sachenrecht, выдѣляя по прежнему въ особыя рубрики обязательственное и наслѣдственное права. (См. его „Institutionen des heutigen Römischen Rechts“).—Прибавлю здѣсь, что Domat (въ сочиненіи своемъ „Les lois civiles dans leur ordre naturel“) дѣлилъ содержаніе гражданскаго права на два отдѣла: 1) des engagements и 2) des successions, предпославъ имъ введеніе общаго характера (Un livre preliminaire des régles du droit en général, des personnes et des choses). Основную мысль своего дѣленія Дома пояснялъ слѣдующимъ образомъ:... „L'ordre de la société se conserve dans tous les lieux par les engagements dont Dieu lie les hommes, et... se perpetue dans tous les temps par les successions.“ (См. въ назв. сочин. разъясненіе плана изложенія).—Утвержденію и распространенію системы Гуго, какъ извѣстно, способствовалъ его ученикъ Гейзе, примѣнившій её въ своемъ „Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts“ 1807 г.)

образованіе старыхъ учрежденій смѣняются у него полнымъ невѣріемъ въ возможность удачныхъ реформъ и въ созидающую силу разума. Онъ ищетъ прибѣжища для своего скептицизма въ смиренномъ преклоненіи предъ авторитетомъ прошлаго.

Обратимся, однако, къ подробному разсмотрѣнію взглядовъ нашего писателя. Главный интересъ представляютъ для насъ его воззрѣнія на исторію, въ которыхъ онъ является предшественникомъ Савиньи, и его отношеніе къ естественному праву.

а) Взгляды Гуго на исторію и историческое образованіе права.

Въ извѣстной программѣ своего журнала [1]) Савиньи хорошо характеризовалъ старые взгляды на исторію, сказавъ, что въ ней видѣли прежде лишь «moralisch-politische Beispiel-sammlung»,— поучительное собраніе примѣровъ, изъ котораго каждая эпоха можетъ черпать для себя назиданіе. Если ему въ особенности принадлежитъ честь пробужденія въ Германіи самостоятельнаго историческаго интереса среди юристовъ, то его предшественникомъ, въ этомъ отношеніи, сознательно поставившимъ историческую задачу, слѣдуетъ признать Гуго.—Въ цитированномъ выше предисловіи къ 44-ой главѣ Гиббоновой исторіи онъ высказывался за необходимость изученія послѣдовательнаго развитія римскаго права въ *его исторической своеобразности и независимо отъ непосредственныхъ практическихъ цѣлей* [2]). Пониманіе индивидуальности историческихъ явленій сознается уже здѣсь, какъ задача историческаго изученія.—Съ другой стороны, если заслугой Савиньи было выставить идею самобытнаго развитія, недопускающаго произвольныхъ передѣлокъ существующаго, то и Гуго высказывалъ эту идею, по крайней мѣрѣ, въ общихъ чер-

---

[1]) Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. I (1815).

[2]) Beiträge zur civ. Bücherkenntiss Bd. I, S. 131: Въ исторіи рим. права Гуго желаетъ „ohne alle Rücksicht darauf, was unsere Advocaten zu wissen brauchen.... den schlichten natürlichen Gang, wie sich ihr (Römisches) Staats- und Privatrecht entwickelte, aufzusuchen; *wenn man... nachdächte, woher es komme, dasz Menschen, die doch im Grunde waren wie wir, in ihren Handlungen und Einrichtungen uns oft so unähnlich sind.*

тахъ. Еще въ 1789 году въ своей рецензіи на «Письма о законодательствѣ» Шлоссера, раздѣляя его недовѣріе къ спасительной силѣ кодексовъ, Гуго указывалъ на то, что естественный путь развитія права—не регулированіе сверху, а собственное развитіе. «Das Civilrecht sich von selbst macht, ohne Verabredung und ohne Befehl» [1]), говорилъ онъ здѣсь; только «der juristische Aberglauben will durchaus Alles *von oben herab* entschieden haben» [2]). Впослѣдствіи и въ «Энциклопедіи» [3]), и «въ Философіи положительнаго права» [4]) онъ защищалъ эту мысль, доказывая, что никогда право не можетъ опредѣляться одними законами. Это подтверждается, по его мнѣнію, и естественной исторіей развитія каждаго положительнаго права, и примѣромъ всѣхъ культурныхъ странъ. Отъ законодательныхъ нормъ онъ отличалъ «добровольно принимаемыя народомъ», разумѣя подъ ними, очевидно, право обычное. Нормы этого рода и являются необходимымъ восполненіемъ законовъ.

Эти положенія Гуго проводилъ и въ «Исторіи римскаго права» [5]). Но съ особенной ясностью онъ развилъ ихъ въ чрезвычайно-любопытной статьѣ своей подъ заглавіемъ: «Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten» [6]). Статья эта напечатана впервые въ 1812 году и, слѣдовательно, относится къ болѣе поздней эпохѣ литературной дѣятельности Гуго. Взглядъ его на историческое развитіе права выраженъ здѣсь въ наиболѣе зрѣлой и законченной формѣ. Во многихъ мѣстахъ статьи виденъ предшественникъ Савиньи, весьма близко подходящій къ признанному основателю исторической школы. Не только мысли, но и самыя выраженія обнаруживаютъ намъ источникъ, вдохновлявшій

---

[1]) Beiträge, Bd. I, S. 112.

[2]) ibid., S. 116.

[3]) Encyclopädie (IV Aufl.) § 22.

[4]) Philosophie des. posit. Rechts (III Aufl.) § 130.

[5]) Ср. собствен. ссылки Гуго, Civ. Mag. IV B. (1813 г.) S. 116—117.

[6]) Civ. Magaz. IV Bd. (1813 г.) S. 89 ff. Подобнымъ же образомъ формулировалъ онъ свой взглядъ еще въ 1790 г., въ рецензіи на „Естественное право“ Мадина: „bei einer lex ist freilich der Wille des Souverains, aber nicht alle Rechtssätze müssen ja gerade durch leges entstehen“. (Beiträge, Bd. I, S. 209). Здѣсь же мы находимъ сравненіе права съ языкомъ и нравами.

Савиньи въ «Призваніи нашего времени къ законодательству и юриспруденціи». Не трудно, однако, замѣтить и различія между двумя писателями.

Статья Гуго направлена противъ юристовъ, утверждавшихъ, что все право опредѣляется дѣятельностью законодателя. Опредѣливъ законъ, какъ правило, установленное произвольно верховной властью и что-либо запрещающее и предписывающее [1], Гуго повторяетъ свою старую мысль, что не всѣ положенія права (Rechtssätze) суть законы. Прослѣдивъ затѣмъ употребленіе слова: «законъ» въ различныя времена и у различныхъ народовъ и указавъ значеніе законодательныхъ нормъ въ уголовномъ правѣ, Гуго переходитъ къ наиболѣе интересной части своей статьи, разсматривающей вопросъ о законахъ въ правѣ гражданскомъ.

Онъ утверждаетъ, что въ римскомъ правѣ до Юстиніана можно указать цѣлые отдѣлы, которые получили свое происхожденіе почти помимо законодательства, причемъ эти отдѣлы выгодно отличаются отъ регулированныхъ законами: въ послѣднихъ наталкиваешся на противорѣчія, односторонности, а иногда и на такія части, которыя не могутъ быть объяснены безъ предположенія корыстныхъ цѣлей законодателя (ohne Bestechungen anzunehmen) [2].

Между тѣмъ большинство писателей отождествляетъ правовыя нормы съ законодательными. Съ этимъ связывается ложное представленіе объ источникахъ права и объ отношеніи между закономъ и обычаемъ (или, лучше сказать, между закономъ и всѣмъ тѣмъ, что образуется въ правѣ само собой, помимо законодательства,—поясняетъ Гуго) [3]. Правильную точку зрѣнія на эти предметы онъ пытается установить, разъясняя процессъ образованія права.

Положительное право каждаго народа развивается въ связи съ его языкомъ. Это можно утверждать по отношенію къ каждой наукѣ: вездѣ важны обозначенія извѣстныхъ понятій. Съ теченіемъ времени они могутъ измѣняться и пріобрѣтать иной

---

[1]) Civ. Mag. IV Bd., S. 90.

[2]) Ibid, S. 115. Гуго ссылается, при этомъ, на ученіе о залоговомъ правѣ и давностномъ пріобрѣтеніи.

[3]) Ibid., S. 116.

смыслъ. Но языкъ не полученъ людьми съ самаго начала отъ Бога и не установленъ ими путемъ соглашенія; онъ образуется самъ собою (sich von selbst bildet). То же имѣетъ мѣсто по отношенію къ нравамъ. Наконецъ и право, какъ публичное, такъ и частное, развивается, *подобно языку и нравамъ*, само собою, т.-е. помимо соглашеній и приказовъ, сообразно съ ходомъ обстоятельствъ. (Beides, das öffentliche und das Pivatrecht, macht sich von selbst, wie die Sprache und wie die Sitten, d. h. ohne Verabredung und ohne Befehl, schon dadurch, wie die Umstände es mit sich bringen [1]).

Значеніе подобнаго самобытно-развившагося права Гуго поясняетъ сравненіемъ его съ законодательствомъ. Если верховная власть признаетъ необходимымъ издать законъ, то онъ также входитъ въ составъ положительнаго права. Но относительно законовъ всегда остается вопросомъ, насколько они примѣняются въ дѣйствительности. О многихъ изъ нихъ можно сказать словами глоссы: «hoc nec fit, nec fieri potest». Гуго приводитъ въ примѣръ, какъ въ Лёррахѣ [2]) и Гёттингенѣ новыя названія улицъ, установленныя начальствомъ, никогда не употребляются жителями, какъ иногда, и въ болѣе важныхъ случаяхъ, законы остаются безъ исполненія [3]).

Вообще всегда слѣдуетъ различать между тѣмъ, что опредѣлено въ законѣ, и тѣмъ, что дѣйствительно исполняется. Право дѣйствующее въ жизни и «признаваемое судьями, адвокатами и учеными юристами», можетъ отличаться отъ установленнаго законодателемъ [4]). Едва ли кто станетъ это отрицать, но нѣкоторые могутъ найти это нежелательнымъ, и именно тѣ, кто думаетъ, что все право образуется изъ законовъ и что самые обычаи суть лишь молчаливо признанные законы [5]). Но противъ этого говоритъ и исторія всѣхъ народовъ, и самая цѣль положительнаго права. Ибо важнѣйшая цѣль права состоитъ ни въ чемъ другомъ, какъ

---

[1]) Ibid. SS. 117—121.

[2]) Городъ, гдѣ Гуго родился и провелъ свои ранніе годы.

[3]) Ibid. S. 121—123.

[4]) S. 125.

[5]) SS. 125—126.

въ опредѣленности и достовѣрности его правилъ, каково бы ни было ихъ происхожденіе, и въ большинствѣ случаевъ, даже безъ отношенія къ ихъ содержанію [1]). Но что можетъ доставить нормѣ права бо́льшую опредѣленность и всеобщую извѣстность,—законъ, который находится на бумагѣ и котораго многіе никогда не читали, или ежедневный оборотъ, относительно котораго согласны всѣ знающіе люди? Несправедливо также мнѣніе, будто обычай имѣетъ силу, потому-что молчаливо допускается законодателемъ. Гдѣ тотъ правитель, который знаетъ всѣ положенія частнаго права? Подобно тому какъ языкъ и нравы нельзя выводить изъ молчаливыхъ приказаній, такъ же невозможно это и въ отношеніи къ праву.—Правитель можетъ издавать законы и, въ этомъ смыслѣ, являться представителемъ народа; но нѣтъ необходимости, чтобы все дѣлалось чрезъ него; многое можетъ создаваться самимъ народомъ [2]).

Таково существо взглядовъ Гуго на развитіе права. Здѣсь не говорится еще о непроизвольномъ образованіи юридическихъ нормъ, но самое понятіе намѣчается уже съ достаточной ясностью. Сопоставленіе правообразованія съ развитіемъ языка и нравовъ и предпочтеніе обычнаго права законодательству—эти отличительные черты взглядовъ Савиньи и Пухты—встрѣчаются уже у Гуго. Мы не находимъ у него, однако, идеи національнаго характера, предопредѣляющаго образованіе права. Въ ученіи Гуго нѣтъ мѣста и представленію объ органическомъ развитіи при помощи внутреннихъ силъ («durch innere stillwirkende Kräfte», говоря словами Савиньи). Взамѣнъ этого, онъ утверждаетъ, что юридическій бытъ каждаго народа опредѣляется внѣшними условіями (wie die Umstände es mit sich bringen) и, повидимому, думаетъ, что содержаніе извѣстнаго положительнаго права исключительно зависитъ отъ случайнаго стеченія обстоятельствъ [3]). Въ этомъ заключается коренное отличіе его отъ послѣдующихъ пред-

[1]) S. 127. Ср. также Ph. d. pos. R., IV изд., S. 188.

[2]) Ibid. S. 128—130.

[3]) Характерно въ этомъ отношеніи слѣдующее замѣчаніе Гуго, которое я беру изъ упомянутой выше рецензіи на книгу Мадина (Beiträge I, 209): сравнивъ право съ языкомъ и нравами, онъ прибавляетъ: „Alle diese Dinge sind auch positiv oder historisch, *sie könnten Alle auch anders sein.*

ставителей исторической школы,—отличіе настолько важное, что ихъ ученія никакъ нельзя вмѣстить въ рамки одной и той же доктрины [1]). По тому значенію, которое придаетъ Гуго внѣшнимъ условіямъ образованія права, онъ скорѣе приближается къ воззрѣнію Іеринга; но отъ этого послѣдняго онъ отличается своимъ невѣріемъ въ творческую роль человѣческой иниціативы. Развитіе права, по его ученію, совершается непроизвольно, и для человѣка лучше всего оставаться вѣрнымъ тому, что существуетъ изстари и освящено опытомъ вѣковъ.

Мы подошли здѣсь къ тому пункту, съ котораго легче всего понять отношеніе Гуго къ естественному праву. Сообразно съ общимъ планомъ своей работы, я долженъ остановиться теперь на выясненіи этой стороны воззрѣній разсматриваемаго писателя.

---

[1]) Вотъ почему я не могу согласиться съ мнѣніемъ проф. Коркунова, утверждающаго, что „у Гуго мы находимъ уже намѣченными *всѣ характерныя черты ученія исторической школы*“. Лекціи по общ. теор. пр. стр. 98 (изд. 86 г.). Замѣчу, однако, что отзывъ почтеннаго профессора стоитъ гораздо ближе къ правильной оцѣнкѣ Гуго, чѣмъ воззрѣніе, утвердившееся въ нѣмецкой литературѣ и приписывающее разсматриваемому писателю только значеніе „критическаго предшественника исторической школы“ (см. Bekker, System des heutig. Pandektenrechts 1886 Bd. I. S. 37, Note *g*, а также Singer, Grünhuts Zeitschr. Bd. XVI, S. 301, Note 39 и Bergbohm, Jurisp. u. Rechtsph. I, S. 189, Note 16. O. Mejer, однако, говоритъ о Гуго, какъ объ *основателѣ* исторической школы. Preusz. Jahrb. Bd. XLIV) Для послѣдующаго развитія Гуго былъ важенъ также и нѣкоторыми положительными своими ученіями. Такъ, онъ внесъ въ науку идею самобытнаго развитія права, уваженіе къ обычному праву и къ историческому прошлому, и въ этомъ отношеніи самъ Савиньи призналъ его своимъ предшественникомъ (Savigny, Beruf (III Aufl.) SS. 14—15, а также Verm. Schrift. V Bd., S. 1 ff. и IV Bd., S. 195 ff). Насколько высоко склоненъ былъ Савиньи порою оцѣнивать заслуги Гуго, можно судить изъ его рецензіи на исторію римскаго права, написанную его гёттингенскимъ предшественникомъ Савиньи относилъ её „къ тѣмъ произведеніямъ, которыя знакомятъ съ требованіями и задачами, ранѣе совершенно неизвѣстными, которыя расширяютъ понятіе о наукѣ и открываютъ видъ въ неопредѣленную даль“. (Verm. Schr. Bd. V, S. 36).—Сдѣланнымъ въ текстѣ различеніемъ Гуго и Савиньи, какъ мнѣ кажется, разрѣшается и старый вопросъ о томъ, кто былъ основателемъ исторической школы (этотъ вопросъ ставится еще у Пухты, въ „Encyclopädie“ 1825 г. S. 67—68). Если къ этой школѣ относить всѣ тѣ ученія, которыя мы находимъ у Савиньи и его преемниковъ, то нельзя называть Гуго ея основателемъ, такъ-какъ онъ существенно отъ нея уклонялся. Но, какъ замѣтилъ еще Пухта (l. c.), Гуго, *участвовалъ* въ основаніи исторической школы, и нѣкоторыя положенія ея ему не чужды.

b) Отношеніе Гуго къ естественному праву.

Согласно даннымъ выше разъясненіямъ, нравственная критика права, составляющая сущность естественно-правовыхъ стремленій, обусловливается сознаніемъ, что право развивается при участіи личности и составляетъ часть нравственной субстанціи [1]). Нетрудно видѣть, что историческая теорія Гуго шла въ разрѣзъ съ этимъ сознаніемъ.

Признавъ нормальнымъ способомъ образованія права его непроизвольное развитіе, Гуго естественно пришелъ къ отрицанію критическихъ тенденцій и реформаторскихъ стремленій, имѣющихъ цѣлью обновленіе существующаго. Въ этомъ отрицаніи онъ былъ утвержденъ своимъ взглядомъ на существо права. Онъ понимаетъ право, не какъ осуществленіе идеи справедливости, а исключительно какъ средство къ устраненію безпорядка. Онъ цѣнитъ въ юридической нормѣ не ея содержаніе, а ея опредѣленность и твердость, благодаря которымъ члены общества знаютъ, что позволено и что запрещено. Нормы права, думаетъ онъ, почти всегда хороши въ томъ видѣ, какъ онѣ существуютъ [2]); всѣ законы вообще бываютъ вредны или полезны только въ зависимости отъ того, какъ ихъ исполняютъ [3]). — Подобный взглядъ на право, въ сущности, отрицаетъ необходимость взаимодѣйствія его съ нравственностью. Право понимается здѣсь не какъ явленіе нравственнаго міра, а исключительно какъ опора внѣшняго порядка [4]). Съ этой точки зрѣнія, возможно было примиреніе со всякимъ содержаніемъ юридическихъ нормъ, лишь бы только онѣ отличались опредѣленностью. Этотъ взглядъ Гуго и развилъ въ своей «Философіи положительнаго права». Разсмотримъ существенныя черты этого сочиненія [5]).

---

[1]) См. Введеніе, стр. 6—9.

[2]) Civ. Mag. Bd. IV, S. 127.

[3]) Beiträge, Bd. II, S. 216.

[4]) Чичеринъ справедливо отмѣчаетъ совпаденіе взглядовъ Гуго и Гербарта: и у Гуго право возникаетъ исключительно изъ потребности устраненія спора. (Исторія пол. уч. Ч. 4, стр. 420—421).

[5]) Полное заглавіе сочиненія таково: „Lehrbuch des Naturrechts, als einer

Гуго опредѣляетъ философію положительнаго права, какъ разумное, основанное на понятіяхъ познаніе о томъ, что можетъ быть правомѣрко [1]). Отсюда можно было бы заключить, что онъ допускаетъ извѣстныя требованія разума, съ точки зрѣнія которыхъ положительное право можетъ подвергаться критикѣ. И дѣйствительно, мы находимъ у него признаніе высшаго идеала права, въ видѣ правового общенія всѣхъ народовъ и всѣхъ лицъ въ предѣлахъ каждаго народа, что должно привести къ прекращенію разногласій и къ водворенію всеобщаго мира [2]). Съ другой стороны, Гуго указываетъ и недостатки положительныхъ установленій [3]). Однако, онъ находитъ легкое средство оправдать несоотвѣтствующую идеалу дѣйствительность, а вмѣстѣ съ тѣмъ и устранить, въ сущности, критическое отношеніе къ положительному праву. Несовершенство существующаго строя, говоритъ онъ, оправдывается уже тѣмъ, что люди къ нему привыкли. Ни одинъ человѣкъ и ни одинъ народъ не могутъ надѣяться на то, чтобы принудить другихъ, противъ ихъ воли, къ всеобщему юридическому состоянію; привычка принадлежитъ къ числу вѣрнѣйшихъ опоръ справедливости [4]). Этимъ путемъ Гуго находитъ возможнымъ оправдывать самые разнообразные институты, а въ томъ числѣ и рабство, нападки на которое онъ считаетъ лишь «модой своего времени» [5]). Если рабство утверждено положительнымъ правомъ, то оно лучше, чѣмъ свобода [6]). Хотя онъ и называетъ всѣ эти несовершенные институты только временно-правомѣрными (провизорными), по сравненію съ идеальнымъ состояніемъ; но санкція временной правомѣрности оказывается совер-

---

Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts". Какъ показываетъ самое заглавіе, естественное право понимается здѣсь въ совершенно особенномъ смыслѣ. Въ первый разъ сочиненіе было издано въ 1798 году. Я пользовался, главнымъ образомъ, четвертымъ изданіемъ, дополняя его въ нѣкоторыхъ случаяхъ третьимъ—тамъ, гдѣ это послѣднее оказывалось болѣе полнымъ.

[1]) Phil. des p. R. (IV Aufl. 1819 г.) S. 2.

[2]) Ibid. SS. 103—104, 116 ff. 134 ff.

[3]) См. въ особ. § 140 (S. 179): „Unvollkommenheit *aller* Verfassungen".

[4]) Ph. des pos. R. (IV изд.) SS. 114, 142, 188.

[5]) Ph. d. p. R. (III изд.) S. 152.

[6]) Ph. d. p. R. (IV изд.) S. 259.

шенно достаточной, чтобы отразить всѣ нападки на существующія учрежденія. Что же касается конечнаго идеала, выставленнаго первоначально, то въ книгѣ Гуго онъ является лишь внѣшнимъ придаткомъ, не оказывающимъ на ходъ его разсужденій серьезнаго вліянія. Но если все оправдывается однимъ фактомъ своего существованія, то не правы-ли были критики Гуго, приписывавшіе ему философію Вольтеровскаго Панглосса: «tout est bien puisque tout est» [1]). Какой смыслъ имѣетъ, съ этой точки зрѣнія, основной вопросъ философіи права, формулированный самимъ Гуго, какъ вопросъ о правомѣрности юридическихъ учрежденій, если все существующее оказывается правомѣрнымъ? Гуго предчувствуетъ возможность подобныхъ замѣчаній и спѣшитъ предупредить ихъ разъясненіемъ значенія своихъ разсужденій [2]). Самымъ существеннымъ доказательствомъ ихъ пользы оказывается то, что разбирая и достоинства, и недостатки существующихъ установленій, мы пріучаемся не видѣть въ нихъ болѣе того, что они въ себѣ заключаютъ. Подобное соображеніе имѣетъ смыслъ, только какъ противовѣсъ стремленію Вольфіанцевъ выдавать существующее за идеальное и единственно-возможное.

Какъ философское произведеніе, сочиненіе Гуго не имѣетъ большого значенія. Нельзя, поэтому, безъ удивленія читать въ наше время утвержденій Мейера и Зингера [3]), повторяющихъ старый отзывъ Фриса [4]), будто бы Гуго болѣе послѣдовательно держался Кантовскихъ началъ, чѣмъ самъ Кантъ. Гуго, вообще высоко цѣнившій Канта, самъ находился въ этомъ заблужденіи, когда онъ утверждалъ, что «Кантъ, правильно понятый, нисколько ему не противорѣчитъ, даже тамъ, гдѣ самъ онъ (Кантъ) думаетъ объ этомъ иначе» [5]). Какъ Фрисъ, такъ, повидимому, и Гуго имѣли при этомъ въ виду, что принимая Кантовскій категорическій импе-

---

[1]) Ph. d. p. R. (III изд.) S. 165.

[2]) Ph. d. p. R. (IV изд.) §§ 92 и 113.

[3]) Mejer въ Preuss. Jahrb. Bd. XLIV, S. 475; Singer въ стат. о Гуго (Grünhuts Zeitschr. B. XVI) S. 280—281.

[4]) Этотъ отзывъ приводится у Гуго, Phil. d. p. R. (IV изд.). Vorrede, XII.

[5]) Hugo, Beiträge, I Bd. S. 430.

ративъ съ его чисто *формальнымъ* характеромъ, нельзя выводить какого-либо идеальнаго права съ *опредѣленнымъ содержаніемъ*. Кантовское ученіе о правѣ, говоритъ Фрисъ, послѣдовательно должно было превратиться въ критику положительнаго права; это онъ и находитъ у Гуго. Но не говоря уже о томъ, что самъ Гуго, какъ мы видѣли, придавалъ идеалу права опредѣленное содержаніе, настоящей философской критики положительныхъ правъ мы у него не видимъ: его критическія замѣчанія случайны, не проникнуты опредѣленной точкой зрѣнія, не исходятъ изъ единаго критическаго принципа. Признавать все одинаково удаленнымъ отъ истиннаго идеала и затѣмъ все оправдывать— не свидѣтельствуетъ о его критическихъ способностяхъ.

Но какъ ни странна была эта мнимо-критическая метода, скрывавшая за собою самый упорный консерватизмъ, мы не должны забывать въ ней другой стороны, весьма существенной для пониманія общаго духа излагаемыхъ нами взглядовъ. Признавая всякое существующее учрежденіе допустимымъ и законнымъ, Гуго не называлъ, однако, ни одного изъ нихъ естественнымъ и разумнымъ. Онъ доказывалъ, напротивъ, что всѣ они одинаково несовершенны. Въ этомъ слѣдуетъ видѣть сознательную оппозицію противъ пріемовъ старой философіи права. Къ сожалѣнію, неудачная форма, избранная Гуго для выраженія своей точки зрѣнія, помѣшала ея утвержденію въ послѣдующей наукѣ, въ которой долго еще сохраняли силу старыя традиціи.

Характеристика Гуго была бы не полна, если бы мы не упомянули еще одной особенности его взглядовъ, которая является вмѣстѣ съ тѣмъ и новой отличительной чертой его, по сравненію съ Савиньи.

Возставая противъ революціонныхъ стремленій эпохи, Гуго старался не только поддержать уваженіе къ прошлому, но и укрѣпить авторитетъ власти. Это приводило его къ отрицанію всѣхъ основъ современнаго ему либерализма и всѣхъ утвержденій старой школы естественнаго права. Идея первобытнаго договора [1]), теорія раздѣленія властей [2]), ограниченіе задачъ госу-

[1]) Phil. des pos. R. (IV Aufl.) S. 513 ff и 453 ff.
[2]) Ibid. S. 519 ff.

дарства исключительно функціей охраны права и стоящее въ связи съ этимъ отрицаніе государственнаго вмѣшательства [1]), всѣ эти ученія находятъ въ Гуго своего противника. Взамѣнъ этого, онъ защищаетъ самостоятельное и абсолютное значеніе верховной власти, «противъ которой никто не можетъ имѣть юридическихъ притязаній» [2]). Онъ настаиваетъ на возможности вмѣшательства государства въ частную жизнь и высказывается за безусловное право власти ограничивать свободу гражданъ въ интересахъ общаго блага [3]). Въ этомъ отношеніи онъ, очевидно, противорѣчилъ иногда собственному идеалу независимости правообразованія отъ случайныхъ вмѣшательствъ верховной власти. Но во всякомъ случаѣ болѣе яркой во взглядахъ Гуго является его тенденція защищать утвердившійся строй и высоко ставить обычный порядокъ, съ которымъ народъ сжился. Въ этомъ направленіи, какъ мы видѣли, онъ шелъ такъ далеко, что оправдывалъ все установившееся, каково бы оно ни было. Утвердившееся и привычное было для него вмѣстѣ съ тѣмъ и наиболѣе законное. Недовѣріе къ субъективному разуму, которое замѣчается всюду послѣ событій французской революціи, у Гуго превращалось въ полное сомнѣніе относительно возможности придумать что-либо лучшее, чѣмъ существующее: всѣ установленія роковымъ образомъ страдаютъ недостатками и несовершенствами, а утвердившіяся имѣютъ, по крайней мѣрѣ, то преимущество, что мы къ нимъ привыкли. Даже случай, вліявшій на образованіе учрежденій, принимается Гуго за «рѣшеніе высшаго разума, за дѣло провидѣнія» [4]) и въ этомъ качествѣ оправдывается. Прямымъ выводомъ изъ этого является преклоненіе предъ историческимъ прошлымъ, какъ таковымъ, проповѣдь застоя и реакціи. Это былъ именно тотъ видъ историзма, который является рѣшительнымъ отрицаніемъ самой сущности естественнаго права.

Таковъ былъ главный предшественникъ Савиньи.

---

[1]) Ibid. SS. 182—183.

[2]) Beiträge, Bd. I, S. 374 (Selbstanzeige der Philos. des posit. Rechts).

[3]) Phil. des p. R. SS. 535, 537, 539, 540, 543 и др.

[4]) Phil. des pos. R. § 73, S. 92.

§ 2. Юстусъ Мёзеръ.

1. Въ числѣ первыхъ поборниковъ историческаго направленія, кромѣ Густава Гуго, Савиньи называетъ еще Юстуса Мёзера, который, по его словамъ, «съ большимъ пониманіемъ всюду старался показывать значеніе исторіи, между прочимъ и въ отношеніи къ гражданскому праву» [1]).

За рѣдкими исключеніями [2]), Мёзера не упоминаютъ обыкновенно, говоря о предшественникахъ Савиньи. Между тѣмъ, взгляды извѣстнаго въ свое время оснабрюкскаго историка и публициста могутъ служить къ уясненію той духовной атмосферы, въ которой зародились историческія воззрѣнія.

Въ то время какъ идеи французскаго просвѣщенія широкой волной разливались по всей Западной Европѣ, Мёзеръ представлялъ собою интересный примѣръ ранняго проявленія реакціи противъ этихъ идей. Позднѣйшая романтическая и богословская реакція XIX вѣка имѣла своихъ предшественниковъ еще въ эпоху просвѣщенія. Только что изложенные взгляды Гуго познакомили насъ съ однимъ изъ проявленій этого ранняго реакціоннаго движенія. Юстусъ Мёзеръ принадлежитъ къ тому же направленію, хотя и стоитъ совершенно независимо отъ него. Краткая характеристика его взглядовъ поможетъ намъ дополнить картину интересующаго насъ литературнаго теченія.

По своему характеру и складу мысли, Мёзеръ былъ натурой консервативной. Не совсѣмъ чуждый духу реформъ онъ всегда стоялъ за постепенность и умѣренность въ ихъ проведеніи [3]). Какъ практи-

---

[1]) Savigny, Beruf... S. 15.

[2]) Въ числѣ такихъ исключеній упомяну: Bekker, System des heut. Pandektenrechts, Bd I, S. 36. v. Bethmann-Hollweg, Erinnerung an F. C. v. Savigny (1867) S. 5. Treitschke, Deutsche Geschichte II. Th. S. 59 (IV Aufl.). Roscher, Geschichte der Nationalökonomik (1874), S. 500, Note. Рошеръ преувеличиваетъ, конечно, значеніе Мёзера, называя его „отцомъ исторической школы права".

[3]) Съ этой стороны Мёзеръ хорошо изображенъ у Bluntschli, Geschichte der neuer. Staatsw. III Aufl. 1881 S. 463 ff. Ср. также статью Zöllner'a въ лейпцигскомъ изданіи „Patriotische Phantasien" 1871 г. (Bibliothek der deutschen Nationalliteratur). Попытку полной оцѣнки взглядовъ Мёзера представляетъ небольшая

ческій политикъ, онъ былъ преданъ существующимъ установленіямъ и въ своей литературной дѣятельности старался защищать ихъ, отыскивая для нихъ разумныя основанія [1]). Въ то время какъ изъ Франціи распространялась проповѣдь человѣческихъ правъ, когда зарождалась современная идея равенства всѣхъ передъ закономъ, онъ продолжалъ держаться средневѣковыхъ воззрѣній, ставившихъ права человѣка въ зависимость отъ его положенія, въ качествѣ собственника. Лучшей иллюстраціей этихъ взглядовъ Мёзера служатъ его статьи, которыя онъ печаталъ въ теченіе ряда лѣтъ (начиная съ 1768 г.) въ ‹Osnabrückische Intelligenzblätter› и которыя были собраны впослѣдствіи подъ общимъ заглавіемъ ‹Patriotische Phantasien›. Для нашихъ цѣлей достаточно упомянуть лишь нѣкоторыя изъ этихъ статей.

2. Въ характерномъ для всего политическаго міросозерцанія Мёзера разсужденіи: ‹Der Bauerhof als eine Actie betrachtet› [2]) развивается взглядъ на государство, какъ на своего рода акціонерную компанію. Каждый гражданинъ разсматривается, какъ обладатель извѣстной акціи (собственности). Отсюда выводятся его права и обязанности. Различіе акцій ведетъ къ различію правъ, отсутствіе ихъ—полное исключеніе изъ правового общенія. Всѣ юридическія послѣдствія обладанія акціей должны быть опредѣлены безъ всякаго вниманія къ личности обладателя.—

книжка Kreyszig'a, Iustus Möser (Berlin 1857). Болѣе спеціальный и научный характеръ имѣетъ сочиненіе Rupprecht'a, Iustus Möser's sociale und volkswirtschaftliche Anschauungen (Stuttgart 1892). Для насъ важны изъ этого сочиненія лишь три первыя главы.

[1]) Характернымъ для этой тенденціи Мёзера служитъ слѣдующее мѣсто въ его „Patr. Phant.“ V Th., nr. XXXVIII, S. 144 (ссылки дѣлаю по изданію Abeken'a, Iustus Möser's Sämmtliche Werke. Berlin 1842—1843).: „... ich habe immer mehr Respect für den Gang gehabt, welchen die Naturmenschen nach ihren Bedürfnissen genommen haben, als für die hohe Bahn, worauf unsre sogenanten Philosophen über die Gränzen der Menscheit hinausschweifen. Wenn ich daher auf eine alte Sitte oder alte Gewohnheit stosse, die sich mit den Schlüszen der Neuern durchaus nicht reimen will, so gehe ich mit dem Gedanken: die Alten sind doch auch keine Narren gewesen, so lange darum her, bis ich eine vernünftige Ursache davon finde, und gebe dann (jedoch nichtimmer) den neuren allen Spott zurück, womit sie das Alterthum zu demüthigen gesucht haben“.

[2]) Patr. Phant. III Th. nr. LXIII.

Вотъ почему Мёзеръ относится отрицательно къ правамъ человѣка: государство состоитъ не изъ людей, какъ таковыхъ, а изъ обладателей акцій [1]).

Отсюда понятно, что, въ то время какъ всѣ возставали противъ крѣпостного права, Мёзеръ высказывался по этому вопросу такъ нерѣшительно, что у нѣкоторыхъ прослылъ за приверженца крѣпостничества. Къ этому могли подать поводъ утвержденія, подобныя тому, что холопство (Knechtschaft) столь же мало противорѣчитъ религіи, какъ и то, «что кто-либо не состоитъ членомъ ость-индской компаніи». Между тѣмъ, Мёзеръ допускалъ переходъ отъ крѣпостнаго права къ арендным отношеніямъ (freie Erbpacht), съ сохраненіемъ извѣстныхъ повинностей и платежей [2]).

Старый и узкій взглядъ Мёзера на государство, какъ на союзъ собственниковъ, держитъ его въ тискахъ средневѣковыхъ понятій и мѣшаетъ возвыситься къ воззрѣнію, болѣе соотвѣтствовавшему назрѣвавшимъ потребностямъ времени.

Съ консервативными тенденціями у Мёзера, какъ и у Гуго, соединялось стремленіе къ исторической оцѣнкѣ явленій. Уже у этихъ раннихъ представителей реакціи мы можемъ видѣть, какъ изъ потребности защиты существующаго возникало стремленіе къ отысканію его разумныхъ основаній, что вело за собой необходимость углубленія въ исторію. Историческій духъ утвердился на почвѣ консервативныхъ стремленій.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ, духъ этотъ былъ поддержанъ пониманіемъ законности историческихъ особенностей, явившимся въ результатѣ изученія прошлаго. Въ то время какъ философскій XVIII вѣкъ все подводилъ подъ абстрактныя категоріи и разсматривалъ всякую особенность, какъ незаконное отступленіе отъ разума, болѣе внимательныя занятія исторіей прививали изслѣдователямъ чутье индивидуальнаго и вкусъ къ его изображенію. Эти именно черты мы находимъ у Мёзера. Свидѣтельствомъ можетъ служить его «Osnabrückische Geschichte» (1768 г.), въ которой онъ сдѣлалъ

[1]) Patr. Phant. IV Th. nr. XLIV и XLV.
[2]) Patr. Phant. III Th., nr. LV и IV Th, nr. LXIII.

опытъ разсказать судьбы небольшого оснабрюкскаго владѣнія, въ связи съ исторіей германскаго народа. Въ предисловіи къ I части этого сочиненія чувствуется настоящій историкъ, когда Мёзеръ говоритъ: «костюмъ временъ, стиль каждаго государственнаго устройства, каждаго закона, скажу даже, каждаго древняго слова должны доставлять удовольствіе любителю» [1]). На ряду съ этимъ онъ высказывается противъ «нашихъ естественныхъ и международныхъ правъ», которыя всегда разсматриваютъ людей съ абстрактной точки зрѣнія (unter allgemeinen Bestimmungen) [2]). Кромѣ собственнаго, присущаго Мёзеру пониманія индивидуальныхъ положеній, въ этомъ пунктѣ и у него проявляется вліяніе Монтескьё [3]). Совершенно въ духѣ французскаго писателя, онъ считаетъ нужнымъ предпослать своему историческому изложенію «краткое сообщеніе о естественныхъ свойствахъ страны». [4]) Отъ почвы и положенія страны, разъясняетъ онъ, зависятъ ея учрежденія. Съ этимъ должны сообразоваться обычаи, законы и религія.—Отраженіе этихъ взглядовъ мы находимъ и въ политическихъ статьяхъ Мёзера, въ которыхъ онъ не переставалъ высказываться противъ «господствующей моды всеобщихъ кодексовъ» и стоялъ за партикулярныя права, приспособленныя къ мѣстнымъ условіямъ и потребностямъ [5]).

Пониманіе закономѣрности историческихъ явленій выражается у Мёзера въ стремленіи излагать въ исторіи не только дѣла правителей, но и жизнь народовъ, являющуюся основой историческаго движенія.

---

[1]) S. XXI (по изданію Abeken'a, Werke, VI Th.).

[2]) См. Vorrede zum II Th.

[3]) По частымъ ссылкамъ на Монтескьё въ „Оснабрюкской исторіи“ мы можемъ судить о внимательномъ чтеніи Мёзеромъ „Духа законовъ“.—Рупрехтъ, имѣя въ виду соціально-политическія воззрѣнія Мёзера, замѣчаетъ: „Der berühmte Verfasser des Geistes der Gesetze ist es, dessen Ideen sich Möser voll und ganz zu eigen gemacht hat“ (назв. сочиненіе S 22). Это утвержденіе кажется мнѣ большимъ преувеличеніемъ. Рупрехтъ ослабляетъ, впрочемъ, силу своего замѣчанія конкретнымъ разъясненіемъ сходства между Мёзеромъ и Монтескьё.

[4]) Werke, VI Th. S. 74.

[5]) Patr. Phant. II Th, nr. I и nr. II и III Th. nr. XX.

Замѣтимъ въ заключеніе, что исторія права, нравовъ и обычаевъ всегда привлекала особенное вниманіе Мёзера. Онъ былъ однимъ изъ первыхъ, внесшихъ въ историческое разсмотрѣніе юридически—бытовой элементъ. [1])—Савиньи былъ правъ, упоминая его, наряду съ Гуго, какъ провозвѣстника исторической методы въ юриспруденціи.

---

[1]) См. объ эт. его собственныя выраженія въ Vorrede zur Osnabrückischen Geschichte I Th. S. VI.

ГЛАВА II.

Связь исторической школы юристовъ съ философскими ученіями и съ идеями романтиковъ.

§ 1. Философскія вліянія.

Школа Савиньи была подготовлена общимъ развитіемъ историческаго духа, съ условіями зарожденія котораго мы ознакомились въ предшествующей главѣ. Въ углубленіи и распространеніи историческихъ воззрѣній приняла участіе и нѣмецкая философія. На юристовъ вліяніе ея не было значительно. Оно проявилось болѣе въ позднѣйшемъ формулированіи взглядовъ исторической школы, чѣмъ въ ихъ первоначальномъ возникновеніи. Чтобы оцѣнить размѣры этого вліянія, изложимъ вкратцѣ основы нѣмецкаго философскаго историзма.

Со времени Лейбница идея развитія была введена въ сферу понятій нѣмецкой философіи. Лессингъ въ сочиненіи своемъ: «Erziehung des Menschengeschlechts» воспользовался этой идеей для объясненія исторіи религій. Гердеръ примѣнилъ ее къ истолкованію хода всей человѣческой культуры. Въ сочиненіи: «Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit» (1790—1792) онъ далъ опытъ цѣлой философіи исторіи. Высказываемое иногда предположеніе о томъ, что взгляды Гердера оказали вліяніе на историческую школу чрезъ посредство Гуго [1]), не подтверждается при ближайшемъ ознакомленіи съ «Идеями по философіи исторіи». Кругъ понятій и терминологія Гердера нисколько не обнаруживаютъ въ немъ источника, изъ котораго Гуго могъ черпать свои воззрѣнія [2]).

---

[1]) См. напр., R. v. Stintzing, Wendungen und Wandlungen der Deutschen Rechtswissenschaft. 1879. S. 19 и Lasson, Rechtsphilosophie 1882 S. 18.

[2]) Достаточно припомнить, что Гердеръ образующимъ факторомъ исторіи счи-

По тѣмъ же соображеніямъ мы должны отвергнуть и мысль о вліяніи Шеллинга на Савиньи [1]). Идеи, высказанныя знаменитымъ философомъ въ отношеніи къ исторіи, имѣли извѣстное сродство съ основаніями исторической школы. Но у Шеллинга мы находимъ совершенно иную постановку вопроса объ историческомъ процессѣ.

Сущность взглядовъ Шеллинга на исторію сводится, во-первыхъ, къ утвержденію за историческимъ процессомъ характера *объективной необходимости*; во-вторыхъ, къ признанію *идеи развитія*. Зародыши этихъ воззрѣній можно найти уже у Канта, который стоитъ въ этомъ отношеніи на рубежѣ двухъ вѣковъ. Съ него начинается отрѣшеніе нѣмецкой философской мысли отъ историческаго субъективизма XVIII столѣтія. Позднѣйшее объективное міросозерцаніе, ставшее канономъ XIX вѣка, имѣетъ въ немъ своего родоначальника [2]). И Кантъ считалъ такія истори-

---

талъ прирожденную жизненную силу—die eingeborene genetische Lebenskraft,—которая находится во взаимодѣйствіи съ климатомъ („Ideen zur Phil. der Gesch." Bd. I, VII Buch, § IV.) У Гуго, напротивъ, исторія создается внѣшними условіями и обстоятельствами.—Въ сочиненіи Гердера можно встрѣтить иногда утвержденія, представляющія нѣкоторое сходство съ позднѣйшими ученіями Савиньи. Такъ, напримѣръ, онъ подчеркиваетъ значеніе національной основы для государства, замѣчая, что „въ случайно-сплоченныхъ государствахъ безъ національнаго характера нѣтъ жизни" (ibid. IX Buch, § IV.). Онъ говоритъ также, что для государства нѣтъ лучшей формы, какъ сообразная съ природой (Naturordnung); желанія правителей дѣйствовать по собственному произволу и страсти ведутъ къ несчастью (ibid). Въ этихъ случайныхъ замѣчаніяхъ автора „Идей по философіи исторіи" мы можемъ видѣть не болѣе, какъ отдаленные намёки на воззрѣнія основателя исторической школы. И выраженія, которыя употребляетъ впослѣдствіи Савиньи, и самая форма его мыслей слишкомъ отличны отъ только-что приведенныхъ утвержденій Гердера, чтобы между ними можно было предположить преемственную связь.

[1]) Ср. объ этомъ Bergbohm, Jurispr. und Rechtsph. I Bd., S. 188, Note 15. Независимость воззрѣній Савиньи отъ Шеллинга признаетъ и Kuno Fischer, Gesch. der neuer. Phil. Bd. IV. (II Aufl. 1894). S. 183. См. также Singer'a, Grünhut's Zeitschr. Bd. XVI, S. 304.

[2]) Односторонняя оцѣнка Шталя, всецѣло присоединявшаго Канта къ предшествующей эпохѣ (Gesch. der Rechtsphil. III Aufl. III Buch. См. особенно S. 210 ff). постепенно уступаетъ мѣсто болѣе справедливымъ сужденіямъ. Въ этомъ отношеніи противъ Шталя высказывался еще Thilo („Die theologisirende

ческія явленія, какъ государство и право, не случайными актами человѣческой воли, а необходимымъ требованіемъ всей разумной природы человѣка, безусловнымъ и неизмѣннымъ постулятомъ разума [1]). Съ другой стороны, въ статьѣ: «Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht» (1784 г.), Кантъ признавалъ преемственную связь, объединяющую отдѣльныя поколѣнія въ послѣдовательномъ и закономѣрномъ процессѣ развитія. Онъ высказывалъ здѣсь мысль, которая легла впослѣдствіи въ основу Шеллинговыхъ взглядовъ на исторію,—что дѣйствія людей, при всей ихъ видимой случайности и произвольности, подчиняются нѣкоторому общему плану природы [2]).

У Шеллинга эта мысль углубляется въ проблемму примиренія свободы и необходимости. Въ сочиненіи: «System des transcendentalen Idealismus» (1800 г.) онъ отправляется именно отъ этой мысли, что соединеніе закономѣрности и свободы составляетъ основной характеръ историческаго процесса, «den Hauptcharakter der Geschichte» [3]). Въ исторіи нѣтъ ни абсолютной необходимости, ни безусловной свободы. Единый идеалъ, который въ ней осуществляется, въ дѣйствительности допускаетъ безконечное количество отступленій, такъ что съ нимъ согласуются не единичныя явленія, а только цѣлое. Произволъ царитъ въ исторіи,—die Willkühr ist die Göttin der Geschichte,—и однако, произвольныя дѣйствія людей служатъ высшей необходимости. Отдѣльныя лица могутъ отклоняться отъ идеала, но онъ постепенно осуществляется въ совокупности лицъ и поколѣній, въ родѣ. Это господство не-

---

Rechts—und Staatslehre", Leipzig 1861, S. 134—136). См. также Gierke, Althusius, SS. 120—122 и 207—209 и Aguiléra, L'idée du droit en Allemagne, Paris 1893, p. 41. Общій выводъ всѣхъ названныхъ писателей можно выразить словами Агилера: „c'est donc de Kant qu'il faut dater la nouvelle période qui s'ouvre pour la philosophie du droit en Allemagne".

[1]) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797) §§ 41 и 44 (въ изданіи Rosenkranz und Schubert, Sämmtliche Werke, IX Theil; въ изд. Hartenstein—Bd. VII).

[2]) Sämmtl. Werke (herausgegeb. v. Rosenkranz и Schubert) VII Th, I Abth., S. 317—318.

[3]) Schelling's Sämmtliche Werke, Bd. III, S. 587 ff. (Stuttgart u. Augsburg 1856—1861).

обходимости надъ свободой составляетъ неизбѣжное условіе самихъ нашихъ дѣйствій. Должно существовать нѣчто высшее, чѣмъ свобода, на что мы могли бы расчитывать. Свободный въ своихъ дѣйствіяхъ, человѣкъ долженъ быть увѣренъ, что конечный результатъ ихъ зависитъ отъ необходимости [1]).

Примиреніе началъ свободы и необходимости установляется стоящимъ надъ ними абсолютнымъ принципомъ. Въ безусловной полнотѣ его опредѣленій все взвѣшено и расчитано изначала. Въ немъ, какъ въ абсолютномъ синтезѣ всѣхъ дѣйствій, всѣ противорѣчія напередъ разрѣшены и устранены. Поэтому, все, что ни случается, какъ бы произвольно оно ни было, находитъ здѣсь свое основаніе. Объективная предетерминація и безконечность возможностей, вытекающихъ изъ свободы, взаимно исчерпываютъ другъ друга. Абсолютное начало является, такимъ образомъ, абсолютнымъ тождествомъ свободы и необходимости [2]); а исторія есть постепенно совершающееся раскрытіе Абсолютнаго [3]).

Этими опредѣленіями окончательно утверждалось объективное воззрѣніе на исторію. Вмѣсто прежнихъ идей о полной случайности историческихъ событій и о безусловной власти человѣческаго произвола, Шеллингъ провозглашалъ, что въ исторіи, какъ и въ природѣ, господствуетъ высшая объективная необходимость. Историческій процессъ не представляетъ собою исключительнаго продукта желаній и страстей человѣка; это — «великое отраженіе мірового духа, вѣчная поэма божественнаго разума» [4]). — Объективная точка зрѣнія въ отношеніи къ исторіи просвѣчиваетъ уже въ неясныхъ и неловкихъ выраженіяхъ Гуго, когда онъ говоритъ, что «право образуется само собою, въ соотвѣтствіи съ обстоятельствами» [5]). Савиньи рѣшительнѣе и яснѣе высказалъ этотъ взглядъ въ своей извѣстной брошюрѣ, и въ этомъ смыслѣ онъ сталъ на почву Шеллинговыхъ воззрѣній. Но основная проблемма

---

[1]) ibid. S. 595.

[2]) ibid. S. 598—600.

[3]) ibid. S. 603.

[4]) Sämmtl. Werke, V Bd., I Abth., Ueber die Methode des academischen Studiums, S. 309.

[5]) Civ. Mag. Bd. IV (1813) S. 121: „Das Recht macht sich von selbst;... schon dadurch, wie die Umstände es mit sich bringen". См. выше, стр. 44—45.

Шеллинга — примиреніе свободы и необходимости — не находитъ у него ни малѣйшаго отзвука. Нѣкоторые намеки на нее мы отмѣтимъ ниже у Пухты.

Болѣе близки къ воззрѣніямъ Савиньи взгляды Шеллинга на отношеніе исторіи къ юриспруденціи; но и здѣсь различія видны сами собой. Извѣстно, какую важность придавалъ Шеллингъ юридико-политическому моменту въ исторіи. По его мнѣнію, «das einzige Object der Geschichte ist das allmähliche Realisiren der Rechtsverfassung» [1]). Понятно, что въ его представленіяхъ исторія должна была получить важное значеніе для науки права. Однако, онъ думалъ, что историческому разсмотрѣнію подлежитъ лишь публичное законодательство, которое организуетъ нравственное бытіе свободы, являющееся цѣлью исторіи. Законы, относящіеся къ внѣшнему механизму государства, равно какъ и частное право, обособленное отъ публичнаго, не могутъ разсматриваться съ точки зрѣнія философско-исторической и составляютъ предметъ эмпирическаго правовѣдѣнія [2]).—Отмѣтимъ здѣсь, что частное право, въ примѣненіи къ которому Савиньи высказывалъ свои положенія, Шеллингомъ совершенно исключается изъ историческаго разсмотрѣнія.

Я долженъ теперь коснуться вопроса объ отношеніи къ исторической школѣ Гегеля. О непосредственномъ вліяніи его на первое формулированіе началъ школы не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ его основныя сочиненія появились послѣ 1814 года, въ которомъ вышла въ свѣтъ брошюра Савиньи. Но можно предполагать нѣкоторое воздѣйствіе гегельянскихъ началъ на позднѣйшія воззрѣнія историческихъ юристовъ. Извѣстныя отступленія отъ узко-національной теоріи права, которыя сдѣланы были подъ конецъ Савиньи и Пухтой, едва ли не слѣдуетъ приписать вліянію Гегеля. Кромѣ того, послѣдующее преобразованіе исторической школы, совершенное Іерингомъ, было выполнено имъ отчасти въ духѣ Гегелевой философіи.

Система Гегеля, какъ извѣстно, представляетъ собою даль-

---

[1]) Sämmtl. W. Bd III, S. 593. Въ этомъ отношеніи Шеллингъ также слѣдовалъ Канту (Ср. Idee zu einer allgem. Gesch., Sätze 5, 7 и 8).

[2]) „Ueber die Methode des academ. Studiums“, S. 312 ff.

нѣйшее развитіе Шеллинговой философіи тождества. Въ частности, въ отношеніи къ исторіи мы находимъ у него лишь болѣе подробное формулированіе тѣхъ началъ, которыя были высказаны уже Шеллингомъ, а еще ранѣе Кантомъ. Гегель придалъ только воззрѣніямъ своихъ предшественниковъ болѣе законченное выраженіе, въ духѣ основныхъ началъ своей системы.

Проблемма примиренія свободы и необходимости и у Гегеля является кореннымъ вопросомъ философіи исторіи. Онъ также изображаетъ историческій процессъ, какъ сочетаніе двухъ противоположныхъ началъ. Разумъ царитъ въ мірѣ и служитъ основаніемъ всемірной исторіи, которая представляетъ собою разумное и необходимое движеніе мірового духа [1]). Но въ исторіи ничто не совершается людьми безъ участія ихъ личныхъ интересовъ и страстей [2]). Міровой духъ пользуется ими, какъ орудіями для своихъ цѣлей, и примиряетъ, такимъ образомъ, свободу сознательной воли и частныхъ интересовъ съ необходимостью общаго движенія. Своими дѣйствіями люди, сами того не зная, выполняютъ общій планъ [3]).—Конкретной средой, въ которой реализуется этотъ планъ, является государство, представляющее осуществленіе на землѣ божественной идеи. Создавая общность жизни людей, подчиняя ихъ субъективную волю законамъ, оно уничтожаетъ противорѣчіе необходимости и свободы [4]).

При такихъ взглядахъ на исторію и на существо государства, Гегель не могъ видѣть въ историческомъ процессѣ естественнаго и непроизвольнаго развитія. Чтобы достигнуть примиренія противоположныхъ началъ, государство нуждается въ установленіи различныхъ цѣлесообразныхъ учрежденій; а это требуетъ долгой работы разума. Для этого необходима борьба съ частными интересами и страстями, суровая и продолжительная дисциплина ихъ [5]).—Взглядъ свой на историческій процессъ Гегель поясняетъ сопоставленіемъ областей природы и духа. Развитіе, являющееся

---

[1]) Hegel, Phil. der Geschichte (III Aufl. 1848, S. 12 ff.
[2]) ibid. S. 26 ff.
[3]) ibid. SS. 32—33.
[4]) ibid. SS. 30 и 49.
[5]) ibid. S. 31.

въ природѣ спокойнымъ исхожденіемъ изъ себя (ein ruhiges Hervorgehen), въ духѣ представляетъ собою тяжелую и безконечную внутреннюю борьбу. Это не безмятежное и безтрудное развитіе органической жизни, а суровая работа надъ собою [1]).

Эти воззрѣнія, примѣненіе которыхъ къ образованію права мы встрѣтимъ впослѣдствіи у Іеринга, обозначаютъ намъ ясно различіе Гегеля отъ органической теоріи Савиньи, къ которой они являются прямой антитезой. У Гегеля они были непосредственнымъ результатомъ его философской идеи о развитіи духа чрезъ противорѣчія.

Но отмѣтимъ и точки соприкосновенія сравниваемыхъ писателей.—Видя въ исторіи проявленіе единаго мірового духа, eines Weltgeistes, Гегель затѣмъ допускалъ, что въ каждомъ данномъ народѣ онъ обнаруживается, какъ особый національный духъ. Въ этой конкретной опредѣленности міровой духъ и служитъ основой для всѣхъ продуктовъ народной дѣятельности. Онъ налагаетъ свою печать на религію, политическія учрежденія, нравственность, право, нравы, науку, искусство и технику. Каждый народный духъ представляетъ ступень въ развитіи духа мірового, который въ безконечномъ и непреодолимомъ стремленіи влечется къ своей реализаціи [2]).

Эта реализація происходитъ чрезъ смѣну одного національнаго духа другимъ. Исполнивъ свою историческую задачу, каждый народъ сходитъ со сцены, уступая мѣсто новому, который начинаетъ новую историческую эпоху. Эта связь отдѣльныхъ народовъ составляетъ основу всемірной исторіи. Въ этомъ всемірно-историческомъ движеніи смерть одного народа обозначаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ зарожденіе новой жизни [3]). Міровой духъ, проявивъ себя въ опредѣленномъ бытіи, разрушаетъ затѣмъ эту опредѣленность и усвоивъ изъ нея общій элементъ (das Allgemeine), переходитъ къ новому опредѣленію. Такъ совершается цѣлостное развитіе всеобщаго духа, по отношенію къ которому отдѣльные народные духи (Volksgeister) являются преходящими моментами [4]).

---

[1]) ibid. SS. 68—69.
[2]) ibid. SS. 65—66 и 79.
[3]) ibid. SS. 89—90.
[4]) ibid. SS. 96—97.

Въ этихъ разсужденіяхъ Гегеля мы встрѣчаемъ столь популярную въ исторической школѣ идею о національномъ духѣ, какъ источникѣ проявленій духовной жизни народа. Гегель читалъ свой курсъ по философіи исторіи въ первый разъ въ $18^{22}/_{23}$ году [1]),— слѣдовательно, послѣ того какъ Савиньи формулировалъ свою теорію національнаго происхожденія права. Однако, можно думать, что смягченія этой теоріи, которыя мы находимъ въ позднѣйшихъ сочиненіяхъ основателей исторической школы, были произведены не безъ воздѣйствія философскихъ ученій [2]). Я укажу въ дальнѣйшемъ изложеніи, какъ Савиньи, вѣроятно, подъ вліяніемъ гегельянской философіи, пытался опредѣлить отношеніе своей доктрины къ идеѣ общечеловѣческаго духа, развивающагося въ исторіи. Точно также у Пухты я отмѣчу понятіе о всемірной исторіи, являющееся несомнѣннымъ отраженіемъ взглядовъ Шеллинга и Гегеля [3]).

§ 2. Отношеніе воззрѣній Савиньи къ идеямъ романтической школы.

Заключая обзоръ вліяній, подъ которыми создалась историческая школа, скажу нѣсколько словъ о связи воззрѣній Савиньи

[1]) ibid. Vorrede, S. XXI.

[2]) Замѣчу, что слово: „Volksgeist“ начинаетъ употребляться исторической школой, повидимому, подъ вліяніемъ философской терминологіи. Въ брошюрѣ Савиньи оно еще не встрѣчается. Основатель исторической школы пользуется, вмѣсто этого, обозначеніями: „Charakter des Volkes“, „gemeinsame Ueberzeugung“ (и gemeinsames Bewusztsein) des Volkes“ и т. п. Савиньи употребляетъ терминъ: „Volksgeist“ только въ „System des heut. röm. R.“ (1840 г.), по примѣру Пухты (въ „Gewohnheitsrecht“ (1828 г.).

[3]) Дальнѣйшее сопоставленіе идей Савиньи и Гегеля считаю болѣе удобнымъ отнести къ послѣдующему изложенію. (См. глав. VI). Ознакомившись съ основами исторической школы, мы будемъ въ состояніи яснѣе формулировать общіе результаты этого сопоставленія.—О соотношеніи взглядовъ Савиньи и Шлейермахера, сродство которыхъ пытался установить J. H. Fichte (Die philosophischen Lehren von Recht, Staat und Sitte. Leipzig. 1850. SS. 468—469), считаю излишнимъ говорить послѣ исчерпывающихъ вопросъ замѣчаній Зингера (Grünhut's Zeitschr. Bd. XVI. S. 305), тѣмъ болѣе что и самъ Фихте, отмѣчая сходство двухъ писателей, прибавляетъ: „an Savigny's originaler und selbstständiger Conception ist nicht zu zweifeln...“ (S. 469).

съ идеями нѣмецкихъ романтиковъ. Мы не имѣемъ прямыхъ доказательствъ для того, чтобы говорить о воздѣйствіи романтическихъ стремленій на взгляды Савиньи. Отмѣчая заслуги Гуго и Мёзера, основатель исторической школы нигдѣ не упоминаетъ о значеніи романтиковъ. Но кто не узнаетъ въ нѣкоторыхъ идеяхъ его отраженія романтическихъ тенденцій или, по крайней мѣрѣ, совпаденія съ ними? Иныя вліянія дѣйствуютъ незамѣтно даже для тѣхъ, кто подвергается имъ. Часто извѣстныя понятія усвоиваются нами изъ духовной атмосферы времени, безъ того чтобы мы сами отдавали себѣ въ этомъ отчетъ. Поэтому, прослѣживая эволюцію идей, мы не всегда можемъ изобразить съ полной отчетливостью ихъ происхожденіе. Иногда приходится лишь догадываться объ условіяхъ ихъ возникновенія и ограничиваться указаніемъ логической связи ихъ съ другими теченіями мысли.

Вліяніе романтическихъ представленій на Савиньи отмѣчалось неразъ [1]). Кромѣ логическаго сродства идей, основаніемъ для подобныхъ утвержденій служила близость Савиньи къ романтическому кружку. Съ раннихъ поръ у него завязались дружескія отношенія съ нѣкоторыми изъ романтиковъ, поддерживавшіяся затѣмъ въ теченіе многихъ лѣтъ [2]). Въ чемъ же могли отразиться на Савиньи взгляды романтической школы?

Говоря выше о предшественникахъ Савиньи, я отмѣтилъ, что ихъ историческія воззрѣнія поддерживались, во-первыхъ, теоретическимъ сознаніемъ важности исторіи, а во-вторыхъ, консервативнымъ стремленіемъ къ защитѣ существующаго. Сравнительно съ позднѣйшими взглядами исторической школы, имъ недоставало національной идеи, которая играла столь важную роль въ ученіи Савиньи и Пухты. Именно эта идея и составляетъ пунктъ, въ которомъ Савиньи сближается съ романтиками.

Съ проблесками національныхъ чувствъ мы встрѣчаемся уже

---

[1]) См. объ этомъ Bergbohm, Jurispr. und Rechtsphil. I, S. 189, Note 17.

[2]) См. Otto Mejer, Die Romantiker und das Recht. Rostock 1869. S. 21.— Съ Брентано и Арнимомъ, издателями извѣстнаго сборника народныхъ пѣсенъ („Des Knaben Wunderhorn“ 1806—1808) и поэтами романтической школы, Савиньи былъ связанъ и узами свойства. См. объ этихъ писателяхъ у Brandes'a, Die Hauptströmungen der Literatur des 19 Jahrhunderts. Leipzig 1894 (IV Aufl.). Bd. II, SS. 226—241.

у Гердера [1]). Позднѣе въ нѣмецкой поэзіи, какъ и въ философіи, преобладающее значеніе получили общечеловѣческія начала. Въ этомъ отразился космополитическій духъ XVIII вѣка. Романтическая школа въ этомъ отношеніи, какъ и въ другихъ, представляетъ реакцію противъ эпохи предшествующей [2]). Еще до начала патріотическаго движенія, вызваннаго порабощеніемъ Германіи французами, романтики явились провозвѣстниками національныхъ идей. Прежде чѣмъ Фихте, подъ вліяніемъ одушевленія, охватившаго всѣхъ въ борьбѣ съ врагомъ, заговорилъ о національномъ нѣмецкомъ воспитаніи [3]), Тикъ и его единомышленники уже проповѣдывали любовь ко всему нѣмецкому. Въ противоположность реформаторскимъ стремленіямъ XVIII вѣка, они пытались возродить старину и возбудить любовь къ средневѣковью. Ихъ сочувствіемъ пользовалось не только прошлое, но первобытное и простое, носящее на себѣ печать первоначальнаго единства и гармоніи. Отсюда ихъ интересъ къ наивному творчеству народа [4]).

Весьма возможно, что Савиньи усвоилъ идею національнаго развитія права отъ романтиковъ. Точно также стремленіе его подчеркивать значеніе обычнаго права и преимущество первоначальныхъ стадій правообразованія надъ позднѣйшими могло быть укрѣплено вліяніемъ общихъ воззрѣній романтической школы. Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что Савиньи, какъ и Пухта, говоря о національномъ образованіи права, становились на защиту права римскаго и восхваляли рецепцію его въ Германіи. Въ этомъ отношеніи германистовъ, начиная отъ Эйхгорна и Безелера и до Гирке включительно, слѣдуетъ признать болѣе вѣрными стремленіямъ романтической школы, чѣмъ Савиньи или Пухту.

---

[1]) См. Lévy-Bruhl, L'Allemagne depuis Leibnitz. Paris 1890 p. 162 et suiv.

[2]) Общую характеристику стремленій школы см. у Brandes'a, Die Hauptströmungen... Bd. I, S. 201 ff. О національныхъ и патріотическихъ тенденціяхъ романтиковъ см. O. Mejer, Die Romantiker und das Recht, SS. 15—16. Haym, Die romantische Schule (Berlin 1870) S. 805 ff. Treitschke, Deutsche Geschichte (Leipzig 1894) I, S. 208 ff.

[3]) См. „Reden an die Deutsche Nation". 1808 г.

[4]) О связи взглядовъ романтической школы и идеалистической философіи см. у Brandes'a, Bd. I, S. 221 ff, подробнѣе у Haym'a (особенно III Buch, IV Cap.).

ГЛАВА III.

Тибо.[1])

Прежде чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію основъ исторической школы, считаю нелишнимъ дать краткую характеристику воззрѣній Тибо, брошюра котораго о необходимости общегерманскаго гражданскаго кодекса вызвала Савиньи къ формулированію его ученій. Изъ этой характеристики мы ознакомимся и съ болѣе ранними спорами историческаго и философскаго направленій въ юриспруденціи.

1. Вопросъ о философской интерпретаціи права. Споры историческаго и философскаго направленій въ концѣ XVIII вѣка.

Задолго до извѣстнаго спора своего съ Савиньи по вопросу о кодификаціи, Тибо имѣлъ уже случай столкнуться съ приверженцами историческаго направленія. Поводомъ къ этому послужили разногласія относительно примѣненія философіи къ истолкованію положительнаго права [2]).

---

[1]) О Тибо ср. статью Carlowa въ журналѣ Ruperto-Carola. Illustr. Fest-Chronik der V Säcular-feier der Universität Heidelberg. 1886. №№ 10 и 11.

[2]) Эти болѣе ранніе споры историческаго и философскаго направленій, сколько мнѣ извѣстно, не были еще характеризованы въ литературѣ. (Ничего не говоритъ о нихъ и Bekker, подробнѣе другихъ передающій полемику Тибо съ Савиньи въ спеціальной брошюрѣ „Ueber den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule". Heidelberg. 1886). Между тѣмъ подобная характеристика, любопытная и сама по себѣ, можетъ служить также къ уясненію отличительныхъ чертъ исторической школы Савиньи. Еще Пухта (Encyclopädie 1825 г. S. 67) предостерегалъ противъ смѣшенія этой школы съ тѣмъ историческимъ направленіемъ въ

Слушатель Канта, Тибо съ самыхъ раннихъ поръ своей литературной дѣятельности выступилъ въ качествѣ защитника философской методы въ юриспруденціи. Въ 1796 году въ своей юношеской диссертаціи, касавшейся спеціальнаго юридическаго вопроса о раздѣленіи личныхъ и вещныхъ правъ [1]), Тибо нападаетъ на односторонних приверженцевъ историческаго направленія, стремящихся, по примѣру Монтескьё, «объяснять исторію изъ исторіи, законы изъ законовъ» [2]). Онъ думаетъ, что для установленія высшихъ юридическихъ понятій философія является лучшимъ пособіемъ. Тотъ, кто попытается найти эти понятія, тотчасъ же увидитъ, что ихъ нельзя извлечь изъ (положительныхъ) законовъ; онъ вынужденъ будетъ искать помощи у философіи, въ ея основныхъ началахъ [3]). Справедливо протестуютъ противъ тиранніи философіи, когда она, пренебрегая исторіей, навязываетъ положительному праву свои опредѣленія. Но это нисколько не исключаетъ пользованія философіей, какъ вспомогательнымъ средствомъ для объясненія права.

Эти утвержденія Тибо вызвали возраженія со стороны анонимнаго автора въ сочиненіи «Geist der juristischen Literatur von dem Jahre 1796» [4]). Не отрицая необходимости отыскивать

юриспруденціи, „о которомъ много говорили въ первые годы нашего столѣтія и подъ которымъ разумѣли лишь методу durch rechtsgeschichtliche Kenntnisse den neueren Rechtszustand zu erläutern".—Какъ видно изъ сочиненій Тибо и его противниковъ, это раннее историческое направленіе, съ которымъ ему пришлось столкнуться, примыкаетъ отчасти къ гёттингенской школѣ, отчасти къ элегантной юриспруденціи, имѣвшей своихъ сторонниковъ въ Германіи вплоть до Савиньи Къ элегантнымъ юристамъ принадлежалъ и учитель Савиньи Вейсъ, впервые внушившій ему склонность къ прилежному изученію источниковъ.

[1]) Dissertatio de genuina juris personarum et rerum indole, veroque huius divisionis pretio. Kiloniae 1796.

[2]) Dissert. p. 29.

[3]) Ibid. pp. 34—35.

[4]) Сочиненіе: „Духъ юридической литературы" появилось въ 1797 году въ Гёттингенѣ. Авторомъ его былъ, очевидно, одинъ изъ гёттингенскихъ сторонниковъ Гуго, на что указываетъ и общій характеръ произведенія, и его сочувственные отзывы о „Цивилистическомъ магазинѣ" (см. „Geist. der jurist. Lit". S. 120). Объ основной тенденціи этого сочиненія Тибо справедливо замѣчаетъ: „Derselbe Ton herrscht in Göttingischen gelehrten Anzeigen (въ которыхъ Гуго

общія основанія положительнаго права, онъ указывалъ на то, что они должны выводиться изъ положительныхъ источниковъ. «Мы должны прибѣгать къ философіи», говоритъ авторъ «Духа юридической литературы»: «но къ философіи исторической, которая всегда имѣетъ въ виду законодательство и его опредѣленія. Мы скажемъ вмѣстѣ съ Монтескьё: исторія можетъ быть объясняема только изъ исторіи» [1]). Анонимный авторъ нашелъ и въ диссертаціи Тибо неумѣренныя притязанія со стороны философіи, хотя послѣдній и дѣлалъ оговорку, отвергающую внесеніе чуждыхъ началъ въ положительное право. Въ результатѣ, мнѣніе Тибо, справедливо замѣчалъ авторъ «Духа юридической литературы», все-таки сводится къ тому, что общія положенія для объясненія права должны быть почерпнуты не изъ него, а выведены заранѣе и внесены со стороны.

Въ отвѣтъ на эти замѣчанія Тибо написалъ пространную статью «Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze», которая въ первый разъ была напечатана въ 1798 году вмѣстѣ съ другими статьями, изданными подъ общимъ заглавіемъ «Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts» [2]).

Тибо дѣлаетъ здѣсь попытку подвергнуть критикѣ «господствующее мнѣніе историческихъ юристовъ о безполезности философской интерпретаціи». И въ этой новой статьѣ онъ защищаетъ не вмѣшательство философіи въ юриспруденцію, а только нахожденіе, съ помощью философіи, основныхъ положеній права, отъ которыхъ законодатель исходилъ въ дѣйствительности. Казалось бы, что для подобной задачи слѣдовало бы скорѣе обратиться къ исторіи. Тибо думаетъ иначе. Разъясненія, которыя

помѣщалъ свои рецензіи), in den Schriften des Herausgebers des Civil. Magazins und in verschiedenen anderen Zeitschriften". (См. „Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts" I Bd.S. 146. 1798 г.). Тибо предполагаетъ въ авторѣ „всѣмъ извѣстнаго и всѣми уважаемаго писателя". Мысль объ авторствѣ самого Гуго опровергается, какъ одобрительными отзывами анонимнаго произведенія о прусской кодификаціи („Geist der jur Lit." S. 83), къ которой Гуго относился критически, такъ и его замѣчаніями объ исключительно-практическомъ характерѣ юриспруденціи (ibid. S. 11), теоретическія задачи которой Гуго стремился подчеркивать.

[1]) Geist der jur. Lit. S. 83.

[2]) Статья находится въ I т. Сборника, SS. 140 ff.

онъ даетъ по этому поводу, вскрываютъ намъ старую абстрактную точку зрѣнія на право, какъ на продуктъ неизмѣннаго разума.

Для подтвержденія возможности философской интерпретаціи Тибо ссылается на существованіе въ человѣкѣ практическаго разума, — голоса о правѣ и неправѣ, предписанія котораго въ существенныхъ чертахъ остаются всегда одни и тѣже [1]). Возведенныя въ систему эти предписанія получаютъ достовѣрность, гармонію и послѣдовательность. Такъ образуется система естественнаго права, изъ которой можетъ быть выведена правомѣрность каждаго отдѣльнаго случая. — Если положительное законодательство, разсуждаетъ Тибо, представляетъ собою не продуктъ неразумія, произвола и своекорыстія, а результатъ философствующаго разума или просто обыкновеннаго здраваго разсудка, то непонятно, какъ можно объяснить его послѣднія основанія, его источникъ и духъ, при помощи одной исторіи [2]). Примѣромъ законодательства, которое разумъ можетъ принять за свое собственное произведеніе, Тибо считаетъ римское право; оно именно и нуждается въ философской интерпретаціи. При объясненіи законовъ, являющихся продуктами разума, исторія можетъ оказать лишь чисто отрицательную услугу, — обнаруживая, что они не обусловливаются какими-либо историческими обстоятельствами. Философія идетъ далѣе и объясняетъ ихъ изъ собственныхъ основаній [3]). Такъ, право собственности или ненарушимость договоровъ объясняются не изъ исторіи, а изъ основъ человѣческаго духа [4]).

Всѣ эти утвержденія возвращаютъ насъ къ старой тенденціи смѣшивать положительное право съ естественнымъ, противъ которой боролся еще Гуго. Философская интерпретація положительнаго права въ томъ смыслѣ, какъ понимаетъ её Тибо, съ необходимостью приводитъ или къ превращенію временныхъ историческихъ установленій въ неизмѣнныя велѣнія разума или же къ искаженію положительныхъ законовъ (тамъ, гдѣ они ока-

[1]) l. c. S. 153.
[2]) ibid., S. 155.
[3]) Ibid. S. 159.
[4]) ibid. S. 166.

зываются несогласными съ логическими требованіями). На эту послѣднюю опасность указывалъ еще критикъ Тибо, авторъ упомянутаго выше анонимнаго произведенія. Воздавая хвалу историческимъ юристамъ за ихъ вѣрность положительнымъ установленіямъ и духу источниковъ [1]), онъ въ слѣдующихъ выраженіяхъ говорилъ о юристахъ философскаго направленія, неумѣющихъ держаться въ рамкахъ положительнаго права. «Они не остаются безпристрастными истолкователями положительнаго духа, но примѣшиваютъ къ нему то, что согласуется съ ихъ собственной системой юридической политики... Они установляютъ даже правило: только то должно считаться обязательнымъ въ положительномъ правѣ, что соотвѣтствуетъ канону моральной возможности [2]). Они не останавливаются на томъ, чтобы провести параллель между собственными мнѣніями и существующимъ правомъ, съ цѣлью побудить законодателя къ соотвѣтствующимъ измѣненіямъ. Этотъ путь для нихъ слишкомъ скученъ. Они охотнѣе стираютъ границу между положительнымъ и спекулятивнымъ и смѣшиваютъ основанія, на которыхъ покоятся эти области».

Возможность подобнаго смѣшенія признаетъ и самъ Тибо, когда онъ замѣчаетъ, что философскій истолкователь можетъ иногда подставить законодателю собственныя соображенія и извратить духъ положительнаго права [3]). И дѣйствительно, какъ поручиться за согласіе установляемыхъ философомъ высшихъ основаній права съ мотивами, руководившими законодателемъ? Если Тибо утверждаетъ затѣмъ, что для перехода отъ философіи къ положительному праву, какъ посредствующее звено между ними, требуются болѣе глубокія и тонкія психологическія познанія [4]), то этимъ онъ самъ признаетъ безпомощность чисто-философской интерпретаціи при объясненіи положительныхъ законовъ.

Еще болѣе недовѣрія къ идеѣ философской интерпретаціи внушаетъ Тибо своимъ заявленіемъ, что правильное философское истолкованіе права есть дѣло будущаго: пока въ естественномъ

---

[1]) Geist. der jur. Lit. S. 103 ff.

[2]) т. е. что допустимо съ моральной точки зрѣнія.

[3]) Статья „Einfluss der Phil“. S. 199—200.

[4]) Ibid. S 202.

правѣ все находится въ броженіи, и ни одно положеніе въ немъ не можетъ считаться установившимся и безспорнымъ. Оно должно предварительно достигнуть значительной степени совершенства; лучшіе умы должны согласиться между собою относительно его существенныхъ основаній. Менѣе всего возможно въ настоящее время пользоваться едва созданной системой для философской интерпретаціи [1]). Попытки этого рода дадутъ лишь оружіе въ руки элегантныхъ юристовъ, противниковъ философской методы [2]).—Тѣмъ не менѣе Тибо выражаетъ надежду на прекращеніе споровъ между элегантными и философскими юристами: ибо безъ философіи нѣтъ законченной исторіи, а безъ исторіи не можетъ быть завершенной философіи [3]).

Изложенная здѣсь статья Тибо и сочиненіе «Духъ юридической литературы» знакомятъ насъ съ тѣми спорами, которые шли въ концѣ XVIII вѣка между сторонниками историческаго и философскаго направленій въ юриспруденціи. Мы указали ранѣе, какъ гёттингенскіе юристы разрушали идею общепригоднаго естественнаго права и полемизировали съ Вольфіанскими юристами; пунктомъ разногласія былъ въ данномъ случаѣ вопросъ о разнообразіи историческихъ правъ. Въ спорѣ Тибо съ его противниками противорѣчія двухъ направленій сказались въ вопросѣ о пріемахъ истолкованія положительныхъ законовъ. Одна сторона требовала «вѣрности положительнымъ опредѣленіямъ и духу источниковъ»; другая признавала необходимымъ сведеніе положительнаго права къ высшимъ философскимъ началамъ. Послѣдняя задача составляетъ основную цѣль философіи права, и требованія Тибо были бы вполнѣ законными, если бы онъ не объявлялъ велѣній разума неизмѣнными, а римскаго права истиннымъ выраженіемъ разумныхъ началъ. Это была именно та несовершенная философія, которая не хотѣла признавать исторіи. Противорѣчіе обоихъ направленій, такимъ образомъ, и здѣсь сводилось все къ тому же разногласію по вопросу о разнообразіи историческихъ установленій и неизмѣнности естественнаго права [4]). Относясь отри-

[1]) Ibid. S. 197.
[2]) Ibid., S. 198.
[3]) Ibid., SS. 202—203.
[4]) Подобный же характеръ имѣлъ и споръ Гроса съ Цахаріэ, относящійся

цательно къ историческимъ особенностямъ, легко было прійти къ искаженію положительныхъ нормъ, въ угоду идеальнымъ опредѣленіямъ, и противники философской интерпретаціи справедливо возставали противъ нея, опасаясь «тиранніи философіи».

Что касается Тибо, то онъ склоненъ былъ вообще умѣрять философскія притязанія въ области юриспруденціи. Сомнѣнія въ прочности началъ естественнаго права коснулись и его, хотя онъ не переставалъ высказываться за идею философской интерпретаціи. Мы видѣли, насколько пессимистичны были его отзывы о естественномъ правѣ своего времени въ статьѣ «Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze», но вмѣстѣ съ тѣмъ мы отмѣтили и его приверженность философскому направленію. То же соединеніе традиціонной вѣры въ естественное право со скептическимъ отношеніемъ къ его современному состоянію мы находимъ въ «Юридической энциклопедіи», которую Тибо издалъ въ 1797 году. Совершенно въ духѣ своего направленія, Тибо заявляетъ здѣсь, что достоинство каждаго положительнаго права должно опредѣляться предъ судилищемъ разума. Пер-

---

къ тому же времени, когда Тибо полемизировалъ съ авторомъ „Духа юридич. литературы". Въ 1795 г. Carl Sal. Zachariae издалъ брошюру подъ заглавіемъ „Ueber wissenschaftliche Behandlung des römischen Privatrechts" (Wittenberg.), въ которой философское изученіе права, какъ единственно-научное, противополагалось историческому, какъ ненаучному (S. 6). Онъ требовалъ, чтобы римское право выводилось изъ общихъ философскихъ положеній (S. 7) и строилось въ видѣ системы всеобщаго частнаго права, получившаго отъ данной законодательной власти только свою санкцію (S. 8). Цахаріэ ссылается при этомъ на старое замѣчаніе, что римское право, по большей части, содержитъ ничто иное, какъ естественное право (S. 24), и видитъ въ немъ законодательство, пригодное для всѣхъ временъ и народовъ (S. 35). Историческую юриспруденцію онъ признаетъ, только какъ удовлетвореніе потребности разума къ познанію причинъ происхожденія законовъ (S. 45).—Гросъ возражалъ Цахаріэ, упрекая его въ стремленіи къ ненормальному расширенію границъ философіи (См. его брошюру „De justo philosophiae usu in tractando jure Romano, особенно SS. 8 ff. и 19. Erlangae 1796).—Прибавлю здѣсь, что и юристы историческіе не отрицали пользы философіи, но лишь въ томъ случаѣ, когда ощущается необходимость въ новыхъ нормахъ, когда юристу приходится выйти за черту положительнаго и искать для себя новыхъ опоръ. (См., напр., „Geist der jurist. Literatur" S. 103, а также Seidensticker, Juristische Fragmente. Göttingen 1802. II Th. § 165. Послѣдній писатель допускаетъ вліяніе философіи на право лишь чрезъ посредство законодательной воли).

вое требованіе къ законодателю состоитъ въ томъ, чтобы законы издаваемые имъ, были разумны [1]). Положительное право не должно отличаться отъ естественнаго; хотя въ дѣйствительности положительные законы часто и основываются лишь на произволѣ и силѣ правителя.—Однако, заявивъ столь высокія притязанія къ положительному праву, Тибо вслѣдъ затѣмъ сознается, что въ опредѣленіи главныхъ основаній естественнаго права между юристами господствуетъ полное разногласіе [2]). Онъ рѣшается даже сказать, что естественное право, какъ наука, пока не существуетъ. Но кто станетъ отрицать науку изъ-за слабости ея теперешнихъ сторонниковъ? Этотъ вопросъ показываетъ намъ, что Тибо, сомнѣваясь въ настоящемъ состояніи своей науки, возлагалъ надежды на будущее.

Въ связи съ этимъ скептицизмомъ къ современному естественному праву, несомнѣнно навѣянному критическими нападками противниковъ, мы находимъ у Тибо и другую уступку духу времени: онъ нерѣдко говоритъ о пользѣ и необходимости историческаго изученія права и самъ называетъ себя юристомъ *историко-философскимъ* [3]). Въ 1808 году онъ напечаталъ статью подъ заглавіемъ «Ueber das Studium der Römischen Rechtsgeschichte», въ которой мы находимъ полное признаніе важности исторіи [4]). Нельзя безъ удивленія читать этой статьи, имѣя въ виду извѣстную брошюру того же автора о необходимости общегерманскаго гражданскаго кодекса.

Исходя изъ положенія, что въ позднѣйшихъ опредѣленіяхъ права отражаются законы болѣе древніе, Тибо считаетъ исторію римскаго права совершенно необходимой для пониманія Юстиніановыхъ сборниковъ. Даже введеніе новыхъ кодексовъ не сдѣлаетъ исторію излишней. Ибо тенденція нашего времени состоитъ не въ стремленіи къ новымъ воззрѣніямъ и радикальнымъ реформамъ, а скорѣе къ удержанію прошлаго [5]). Новые кодексы долго еще

---

[1]) Jurist. Encyclop. § 8. S. 9.
[2]) Ibid., § 13, S. 17.
[3]) Въ „Einfluss der Philosophie“... S. 153.
[4]) См. Heidelberger Jahrbücher. Erster Jahrgang. II. Abth.
[5]) Heidelberg. Jahrb. l. c. S. 4.

будутъ сохранять старое, хотя и на новомъ языкѣ, и вслѣдствіе этого будутъ требовать историческаго изученія. Тибо заключаетъ свою статью требованіемъ, чтобы догматическое изложеніе соединялось съ историческимъ, чтобы отдѣльныя историческія понятія уяснялись при помощи изученія ихъ исторіи [1]).

Казалось, что Тибо приходилъ здѣсь къ тому, чтобы признать требованія своего вѣка и окончательно стать на сторону историческаго направленія; какъ вдругъ всего шесть лѣтъ спустя, въ 1814 году, онъ издалъ брошюру, въ которой заговорилъ совершенно инымъ языкомъ. Всѣ завѣты и понятія естественно-правовой школы вдругъ ожили въ его памяти. Онъ далъ здѣсь просторъ своимъ реформаціоннымъ стремленіямъ, забывъ всѣ тѣ историческія соображенія, которыя незадолго до того высказалъ въ гейдельбергскомъ журналѣ. Я считаю умѣстнымъ болѣе подробно остановиться на упомянутой брошюрѣ, такъ какъ она прекрасно передаетъ воззрѣнія вѣка просвѣщенія на историческое право.

Противорѣчіе двухъ направленій проявилось здѣсь во взглядахъ на кодификацію.

2. Проектъ кодификаціи гражданскаго права. Отношеніе Тибо къ мѣстнымъ особенностямъ въ правѣ и къ историческому прошлому.

Тибо издалъ свою брошюру въ то время, когда Германія, освободившись отъ французскаго владычества, почувствовала себя возрожденной къ новой жизни. Идея національнаго единства, пробужденная совокупнымъ дѣйствіемъ всѣхъ силъ націи противъ общаго врага, вдохновляла нѣмецкихъ патріотовъ къ составленію различныхъ плановъ объединенія. Въ числѣ другихъ высказался и Тибо, предлагая составить для Германіи общегражданскій кодексъ, который послужилъ бы основой для общей жизни, покончивъ съ разнообразіемъ мѣстныхъ правъ и господствомъ римскаго законодательства. Тибо не скрываетъ, что хорошіе законы

[1]) Heidelberger Jahrb. l. c. S. 13.

дѣло чрезвычайно трудное [1]). Тѣмъ не менѣе онъ говоритъ о составленіи новаго кодекса съ очевиднымъ преувеличеніемъ реформаторскихъ силъ законодателя, требуя отъ него полной отмѣны всѣхъ дѣйствующихъ законовъ [2]). — При томъ взглядѣ, который онъ высказываетъ по отношенію къ дѣйствующему праву, ничего другого и не оставалось. По его словамъ, это не болѣе, какъ масса противорѣчивыхъ и пестрыхъ опредѣленій, поддерживающихъ разъединеніе Германіи и совершенно недоступныхъ для изученія. Всѣ источники дѣйствующаго въ Германіи права представляются ему устарѣвшими и негодными; а сборники римскаго законодательства кажутся ему продуктомъ эпохи упадка, на каждой страницѣ носящимъ печать своего происхожденія [3]).

Съ этимъ отрицательнымъ отношеніемъ къ существующему Тибо соединяетъ вѣру въ возможность создать совершенное законодательство,—простое и ясное, соотвѣтствующее духу нѣмецкой націи и понятное для каждаго [4]). Вмѣстѣ съ тѣмъ, при помощи новаго кодекса онъ считаетъ возможнымъ достигнуть и единства въ гражданскомъ оборотѣ, такъ какъ общіе законы порождаютъ общіе нравы и обычаи [5]).

Но какъ быть съ разнообразіемъ мѣстныхъ потребностей и условій, какъ быть съ историческимъ прошлымъ? Не встрѣтится ли здѣсь препятствія ко введенію одообразнаго законодательства для всей страны и къ полной отмѣнѣ стараго права? Тибо предвидитъ подобныя возраженія, и дѣлаетъ по этому поводу весьма любопытныя замѣчанія, составляющія интереснѣйшую часть его брошюры [6]). Ходячія воззрѣнія XVIII вѣка облекаются здѣсь

---

[1]) „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland". III Aufl. Heidelberg. 1840. S. 27. (Первое изданіе появилось въ 1814 г.)

[2]) Ibid. S. 6.

[3]) Ibid. SS. 7—8. Во избѣжаніе недоразумѣній, которыя могутъ возникнуть изъ кажущагося противорѣчія въ отзывахъ Тибо о римскомъ правѣ (ср. стр. 71), замѣчу, что и прежде (въ „Einfluss der Philosophie..." S. 155), восхваляя римское право, онъ называлъ Юстиніанову компиляцію „продуктомъ варварства и глупости".

[4]) Ibid. SS. 17—18.

[5]) Ibid. S. 26.

[6]) SS. 41 ff.

въ форму рѣшительныхъ и рѣзкихъ положеній, совершенно отрицающихъ въ явленіяхъ права индивидуальную сторону, вырабатываемую исторіей. Вмѣсто историческаго разнообразія мѣстныхъ правъ, Тибо представляетъ себѣ, въ качествѣ нормальнаго и желательнаго порядка, господство единаго идеальнаго права. Истинныя юридическія положенія представляются ему, какъ своего рода математическія данныя, неизмѣнно обязательныя для разума при всякихъ условіяхъ. Но выслушаемъ здѣсь самого Тибо.

«Со времени Монтескьё мы часто слышали, что право должно сообразоваться съ обстоятельствами, — съ почвою, климатомъ, характеромъ націи и тысячью другихъ вещей. При такихъ условіяхъ, въ концѣ концовъ все можетъ оказаться справедливымъ, и самое нелѣпое найдетъ гдѣ-нибудь свое оправданіе. Но въ этихъ воззрѣніяхъ я могу видѣть лишь извращенность взгляда и недостатокъ глубокаго чувства права. По большей части, мы имѣемъ здѣсь дѣло съ простымъ смѣшеніемъ естественныхъ послѣдствій явленія съ тѣмъ, что можетъ и должно было быть, согласно съ разумомъ. Если человѣкъ слѣдуетъ своимъ прихотямъ, своей ограниченности и каждому малѣйшему побужденію, какъ это обыкновенно бываетъ, и если такимъ образомъ проистекаютъ различные законы и учрежденія, то это лишь объясняетъ результатъ, а не оправдываетъ его. Право должно стремиться къ тому, чтобы объединять людей, а не закрѣплять различіе ихъ косныхъ привычекъ; оно должно не льстить ихъ дурнымъ свойствамъ, а приводить ихъ къ полному сознанію и вырывать изъ омута жалкой самостоятельности и ничтожности. Если иногда особыя условія требуютъ и особыхъ законовъ, какъ, напримѣръ, экономическихъ и полицейскихъ, то въ общемъ гражданскіе законы должны основываться только на требованіяхъ человѣческаго сердца, разсудка и разума, и весьма рѣдко встрѣтится для нихъ необходимость сообразоваться съ обстоятельствами. И если изъ единства могутъ произойти нѣкоторыя затрудненія, то выгоды отъ него значительно перевѣшиваютъ неудобства. Стоитъ только разсмотрѣть для этого отдѣльныя части гражданскаго права. Многія изъ нихъ представляютъ, такъ сказать, нѣчто въ родѣ юридической математики, и никакія мѣстныя условія не могутъ имѣть на нихъ рѣшительнаго вліянія. Таковы ученія о собствен-

ности, о наслѣдственномъ правѣ, о гипотекахъ, о договорахъ и объ всемъ, что относится къ общей части юриспруденціи. Даже въ тѣхъ ученіяхъ, на которыя человѣческая индивидуальность имѣетъ, повидимому, большее вліяніе, обыкновенно можно обнаружить, что одно какое-нибудь мнѣніе имѣетъ преимущество передъ другими. Хваленыя различія въ юридическихъ установленіяхъ, которымъ придаютъ такое значеніе, представляютъ собою не послѣдствія естественныхъ предрасположеній и мѣстныхъ отношеній, а результатъ неразумной замкнутости и безразсуднаго произвола.

Говорятъ, что слѣдуетъ по возможности избѣгать всякихъ измѣненій, уважать существующее, потому что граждане привыкли къ нему, щадить даже очевидные предразсудки, потому что выше человѣческихъ силъ преодолѣть ихъ.—Легкомысленныя перемѣны всегда гибельны, замѣчаетъ въ отвѣтъ на это Тибо, но устойчивость и благословенная склонность народа къ уваженію старины можетъ быть достигнута только при помощи общаго законодательства, которое будетъ продуктомъ національныхъ силъ. Уваженія же къ прошлому не слѣдуетъ преувеличивать. Многочисленные мѣстные обычаи часто являются результатомъ простой косности права, и достаточно легкаго прикосновенія къ нимъ, чтобы сдѣлать шагъ къ новой цѣли» [1]).

Такъ говорилъ Тибо о старомъ правѣ и о предполагаемыхъ въ немъ реформахъ. Вѣра въ возможность быстраго преобразованія юридическихъ установленій на началахъ идеальнаго права, довѣріе къ силамъ субъективнаго разума, радикальное отрицаніе историческаго прошлаго таковы основныя черты его брошюры. Мы имѣемъ здѣсь дѣло съ писателемъ эпохи просвѣщенія, съ типическимъ выразителемъ взглядовъ XVIII вѣка. Вдохновленный мыслью о германскомъ объединеніи, среди общаго оживленія нѣмецкой націи, Тибо взывалъ къ законодателю, приглашая его совершить великое дѣло. Онъ, повидимому, забылъ свои старыя сомнѣнія относительно естественнаго права и свои прежнія утвержденія о невозможности отрѣшиться отъ историческаго прошлаго и предлагалъ создать новое законодательство на основахъ обще-человѣческаго сердца и разума.

[1]) Ibid. SS. 41—47.

Въ утвержденіяхъ Тибо была и доля истины, поскольку онъ справедливо указывалъ на историческія злоупотребленія и на необходимость законодательнаго творчества, открывающаго пути для лучшаго будущаго. Когда ему говорили о естественныхъ силахъ, движущихъ исторію, онъ не безъ основанія отвѣчалъ, что въ исторіи дѣйствуютъ также и случайныя рѣшенія, и недостатокъ пониманія, опредѣляющіе иногда развитіе права на цѣлыя столѣтія [1]). Но все это было высказано у него съ большими преувеличеніями и съ крайней рѣзкостью. Возраженія напрашивались сами собой. Ихъ высказалъ Савиньи.

---

[1]) См его рецензію на брошюру Савиньи въ приложеніяхъ къ III изданію „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerl. Rechts“ SS. 95 и 101.—И нѣмецкіе писатели нашего времени склонны видѣть у Тибо не одни заблужденія (см., напримѣръ, Carlowa, въ Fest-Chronik № 11).

B. Основы исторической школы по ученію Савиньи и Пухты.

ГЛАВА IV.

Савиньи.

Возражая на брошюру Тибо, Савиньи затронулъ основныя положенія исторической философіи XVIII вѣка. Отъ практическаго вопроса о кодификаціи онъ перешелъ къ общимъ разсужденіямъ о происхожденіи права и развилъ при этомъ цѣлую теорію правообразованія, въ духѣ новыхъ историческихъ воззрѣній. Въ области юриспруденціи никто еще не высказывалъ до него этихъ воззрѣній съ такой увѣренностью и опредѣленностью. Талантливая форма изложенія и принципіальная постановка вопроса, которымъ интересовались всѣ, обратили на его произведеніе общее вниманіе. Оно сдѣлалось программой новой школы.

Въ разсужденіяхъ Савиньи мы можемъ отмѣтить то же сочетаніе научныхъ мотивовъ съ политическими, которое является характернымъ для Гуго. Историческая теорія его точно также подкрѣпляется тенденціями практическаго консерватизма. Но у Савиньи консервативныя стремленія получаютъ иныя основанія, чѣмъ у его гёттингенскаго предшественника. Охранительная проповѣдь Гуго имѣла своей цѣлью не только поддержать уваженіе къ прошлому, но и укрѣпить авторитетъ власти. Общимъ результатомъ его требованій являлась полная преданность существующему, каково бы оно ни было. У Савиньи преобладающимъ практическимъ мотивомъ становится противодѣйствіе правительственному вмѣшательству въ естественное теченіе жизни. Въ этомъ

отношеніи онъ могъ иногда вступать въ противорѣчіе съ политическимъ абсолютизмомъ, къ которому склонялся Гуго.

Среди научныхъ задачъ Савиньи полемика съ естественнымъ правомъ занимаетъ столь же второстепенное мѣсто, какъ и въ литературной дѣятельности гёттингенской школы. Съ абстрактными философскими теоріями боролись, какъ съ одной изъ причинъ упадка юриспруденціи, возрожденіе которой было главной цѣлью стремленій [1]). Однако, философская сторона исторической школы всецѣло опредѣляется ея отношеніемъ къ естественному праву и къ стоявшимъ съ нимъ въ связи старымъ взглядамъ на исторію. Какъ покажетъ дальнѣйшее изложеніе, отношеніе это представляется гораздо болѣе сложнымъ, чѣмъ думаютъ обыкновенно. Вопреки распространенному представленію, оно характеризуется далеко не однимъ отрицаніемъ старыхъ началъ. Въ основныхъ воззрѣніяхъ школы мы найдемъ и признаніе нѣкоторыхъ здоровыхъ тенденцій естественно-правовой философіи. Болѣе того, мы откроемъ у нея и отраженіе иныхъ философскихъ заблужденій, объясняющееся силой традиціи.

Согласно съ принятымъ планомъ, я долженъ начать съ характеристики исторической теоріи Савиньи, чтобы выяснить затѣмъ его отношеніе къ естественному праву [2]).

---

[1]) См. выше стр. 31, примѣч. 1.

[2]) Литература о Савиньи довольна обширна. Основателю истор. школы особенно посчастливилось на краткія характеристики, существующія въ изобиліи. Почти каждый изъ крупныхъ юристовъ Германіи посвятилъ его памяти особую статью. Не разъ подвергались изложенію и критикѣ и общія основы исторической школы. Однако, и до сихъ поръ мы не имѣемъ полнаго и систематическаго анализа ея ученій (Ср. Bergbohm, Jurispr. u. Rechtsph., I, S. 481, Note. 2) Едва ли не всего менѣе выяснена философская сторона школы, характеристикѣ которой посвящена настоящая работа.—Изъ многочисленныхъ статей о Савиньи особеннаго упоминанія заслуживаютъ слѣдующія: Jhering, F. C. v. Savigny (Jahrbücher für Dogmatik. Bd. V, 1861; перепечатано въ собраніи статей).—Rudorff, F. C. v. Savigny. Erinnerung an sein Wesen und Wirken. Weimar 1862 (перепечатано изъ Zeitschr. für Rechtsg., II). — v. Bethmann-Hollweg, Erinnerung an F. C. v. Savigny, als Rechtsgelehrten, Staatsmann und Christ. Weimar 1867. (Перепечатано изъ Z: für Rechtsg. Bd. VI).—Brinz, Die Savigny-feier am 21 Febr. 1879 (Krit. Viertelj. Bd. II (XXI). 1879 и III (XXII) 1880) – краткая сводка всего, что написано по поводу столѣтія со дня рожденія Савиньи.—Bruns, Zur Erinnerung an F. C. v. Savigny. 1879 (перепечатано

1. Общая характеристика исторической философіи Савиньи.

Основой воззрѣній Савиньи на исторію является то объективно-историческое созерцаніе, которое со времени Шеллинга стало достояніемъ нѣмецкой философіи. Подобно современнымъ ему философамъ, Савиньи думаетъ, что историческій процессъ управляется закономъ внутренней необходимости. Жизнь народовъ, какъ и отдѣльныхъ лицъ, ни на минуту не знаетъ абсолютнаго застоя и

въ Kleinere Schriften. Weimar 1882).—Ennecerus, F. C. v. Savigny. Marburg 1879 (съ приложеніемъ нѣкоторыхъ неизданныхъ писемъ Савиньи; другое собраніе писемъ С. (къ Вейсу) издалъ Schulin, въ Drei academische Vorträge. Basel. 1881).—Landsberg, Savigny (Allgemeine Deutsche Biographie. 1890. Bd. XXX, S. 425).—На русскомъ языкѣ слѣдуетъ отмѣтить превосходную статью Муромцева (въ „Очеркахъ общ. теоріи гражд. пр." М. 1877, стр. 205 слл.), дающую оцѣнку значенія исторической школы, и краткій, но содержательный очеркъ Нечаева (въ Энциклоп. словарѣ Брокгауза и Ефрона, Т. 13. стр. 478; статья: историческая школа).—Критическую литературу объ историческ. школѣ см. ниже, глава VI.

Что касается спеціальнаго вопроса объ отношеніи исторической шк. къ естественному праву и къ философіи права вообще, то онъ ставился издавна. Еще самъ Савиньи долженъ былъ защищаться противъ обвиненій въ отрицаніи философіи права (См. Vorrede der Zweiten Ausgabe 1828 г.; по треть. изд. S. V). Краткія разъясненія по этому поводу мы находимъ уже у Шталя (Gesch. der Rechtsph. III Aufl. Heidelberg 1856. S. 586; II Aufl. 1847) и Фихте (Die philos. Lehren von Recht, Staat und Sitte. Leipzig 1850. §§ 179 и 196), а также у Рудорфа (указ. соч. SS. 41 — 43) и Бетманнъ—Гольвега (ук. соч. SS. 35 — 36). Въ недавнее время подробному разсмотрѣнію вопросъ нашъ былъ подвергнутъ въ трудахъ Stammler'a (Ueber die Methode der geschichtl. Rechtstheorie. Halle 1888) и Bergbohm'a (Jurispr. u. Rechtsph. Leipzig 1892), въ каждомъ—съ особенной точки зрѣнія. Относительно интересной книги Штаммлера я долженъ замѣтить, что разсужденія его, вполнѣ примѣнимыя къ позднѣйшимъ стадіямъ исторической школы, не совсѣмъ подходятъ къ доктринѣ Савиньи и Пухты, у которыхъ историческая теорія была не только методой, но и философскимъ созерцаніемъ. Какъ признаетъ самъ Штаммлеръ (см. указ. соч. стр. 9, 30, 31, 34), основатели исторической школы не ограничивались принципіально одной эмпирической методой, въ чемъ онъ винитъ ихъ позднѣйшихъ преемниковъ. Допуская философское изслѣдованіе на ряду съ историческимъ, ихъ доктрина могла служить отрицаніемъ естественнаго права не по характеру своей методы, а по смыслу положенныхъ въ ея основаніе философскихъ началъ, и прежде всего въ силу органическаго ученія о правѣ (дальнѣйшія разъясненія см. въ текстѣ). О трудѣ Бергбома см. ниже, стр. 99.

находится въ постоянномъ движеніи; но это движеніе имѣетъ характеръ органическаго и закономѣрнаго развитія, исключающаго всякую мысль о случаѣ и произволѣ. Послѣднее утвержденіе служитъ отличіемъ Савиньи отъ Канта и Шеллинга [1]). Корифеи идеалистической философіи согласно учили, что общій планъ, съ необходимостью осуществляющійся въ исторіи, допускаетъ частныя отступленія и произвольныя дѣйствія. Савиньи, напротивъ, очень настаиваетъ на томъ, что историческій процессъ совершается независимо отъ индивидуальнаго произвола. Въ своемъ стремленіи подчеркивать органическій характеръ исторіи онъ приходитъ къ крайнему выводу, отрицающему всякое участіе человѣческой воли въ историческомъ развитіи.

Этотъ выводъ подкрѣпляется въ доктринѣ Савиньи ученіемъ о національномъ сознаніи, какъ источникѣ историческихъ проявленій народной жизни. Всѣ эти проявленія имѣютъ, по его мнѣнію, свою послѣднюю основу въ общемъ убѣжденіи народа, одинаково присущемъ всѣмъ его членамъ. Независимое отъ личныхъ и частныхъ мнѣній, оно господствуетъ надъ ними, какъ прирожденное достояніе каждаго. Повинуясь закону внутренней необходимости, оно постепенно раскрываетъ свое содержаніе въ исторіи. Согласно съ этимъ воззрѣніемъ, развитіе права, какъ и другихъ сторонъ народной жизни, совершается въ сферѣ безличнаго народнаго духа, въ которую не проникаютъ ни страсти людей, ни случайныя превратности исторіи. Это придаетъ положительному праву особенное значеніе. Какъ органическій продуктъ внутреннихъ силъ народа, оно пріобрѣтаетъ высшій авторитетъ и становится одинаково неприкосновеннымъ, какъ для общества, такъ и для правительства. Съ этой точки зрѣнія, теоретическія построенія идеальнаго права должны казаться жалкими попытками субъективнаго разума измѣнить естественное теченіе исторіи.

Какъ мы можемъ отсюда видѣть, въ теоріи Савиньи положительное право, уже въ силу своего происхожденія, надѣляется высшимъ моральнымъ авторитетомъ. Въ этомъ заключается его существенное отличіе отъ Гуго; въ этомъ же состоитъ и особенность его отношенія къ естественному праву. Для гёттингенскаго

[1]) См. выше стр. 59 слл.

писателя послѣдней санкціей права являлось его соотвѣтствіе однажды сложившимся отношеніямъ. Вопросъ о нравственномъ оправданіи юридическихъ нормъ у него совершенно отпадалъ, и какъ мы видѣли, Гуго готовъ былъ мириться со всякимъ содержаніемъ права, лишь бы только оно утвердилось въ обществѣ. Подобное воззрѣніе устраняло, конечно, основную проблемму естественнаго права, но само по себѣ оно создавало серьёзныя затрудненія для его сторонниковъ. Не говоря уже о томъ, что оно шло въ разрѣзъ съ присущимъ обществу сознаніемъ связи между правомъ и нравственностью, оно являлось также противорѣчіемъ идеѣ прогресса. Не разрѣшая нравственныхъ сомнѣній относительно положительнаго права, оно лишь обходило ихъ, ссылаясь на то, что надо принимать всё, какъ оно есть.

Савиньи нашелъ другой выходъ, который позволялъ ему, не отрицая идеи прогресса и нравственной сущности права, высказываться противъ естественно-правовой идеи и стоять за историческія установленія. Если раціоналистическая философія отрицала положительное право на томъ основаніи, что оно является продуктомъ случая и произвола, то онъ попытался въ самихъ условіяхъ происхожденія права найти для него нравственное оправданіе. Таковъ былъ смыслъ его ученія объ органическомъ развитіи юридическихъ нормъ изъ національнаго сознанія.

Если бы это воззрѣніе могло быть обосновано исторически и философски, то оно, конечно, способно было бы въ самомъ корнѣ подорвать идею естественнаго права. Въ самомъ дѣлѣ, если положительное право является органическимъ продуктомъ народнаго сознанія, создающимся помимо человѣческой воли, то критика его становится излишней и неумѣстной [1]). Съ точки зрѣнія органической теоріи, необходимое развитіе права совершается естественнымъ теченіемъ исторіи: право теряетъ свои устарѣвшія части, какъ дерево отжившіе листья. То, что производится исторіей, и есть идеальное и лучшее. Подобное воззрѣніе было прямымъ отрицаніемъ естественно-правовой идеи. Критика существующаго имѣетъ смыслъ лишь съ точки зрѣнія идеаловъ и цѣлей, не реали-

---

[1]) Ср. Введеніе, стр. 6 слл.

зованныхъ въ дѣйствительности. Если же въ исторіи все совершается само собой, съ разумной необходимостью и въ надлежащее время, то дуализмъ нравственнаго сознанія и положительнаго права, а слѣдовательно и нравственная критика положительныхъ установленій должны быть признаны невозможными.

Устраняя возможность критики положительныхъ институтовъ, теорія Савиньи угрожала также идеѣ общихъ началъ правообразованія, которыя всегда составляли опору естественно-правовыхъ стремленій. При обсужденіи существующаго порядка можно отправляться и отъ частныхъ и мѣстныхъ соображеній, которыя представляются вытекающими изъ данныхъ условій. Но естественно-правовая доктрина, въ силу нравственнаго характера своей критики, стремилась обыкновенно къ отысканію общечеловѣческихъ основъ права, опираясь на которыя можно было бы высказывать общеобязательныя требованія. Признавая источникомъ правообразованія неразложимый и необъяснимый далѣе національный духъ, Савиньи, повидимому, полагалъ преграду для этихъ стремленій, какъ и для философско-юридическихъ изслѣдованій вообще. Если каждое положительное право представляетъ собою самобытный продуктъ народнаго творчества, не имѣющій сходства съ другими, то идея общности правовыхъ основъ должна быть отвергнута.

Всѣ эти выводы могли, однако, имѣть значеніе лишь въ томъ случаѣ, если бы теорія органическаго и національнаго происхожденія права, обезпечивающая увѣренность въ его нормальномъ развитіи, имѣла всеобщее примѣненіе въ исторіи. Допуская возможность фактическихъ отступленій отъ этой теоріи, мы тѣмъ самымъ допускаемъ и возможность сомнѣній въ неизмѣнной разумности историческаго права. Съ другой стороны, внося поправки и ограниченія въ націоналистическую теорію правообразованія, мы должны прійти и къ признанію общихъ началъ, лежащихъ въ основѣ различныхъ правъ.

Обратимся же теперь къ анализу ученій Савиньи, чтобы опредѣлить подлинный смыслъ его утвержденій. Ближайшее знакомство съ этими ученіями покажетъ намъ, что въ нихъ далеко нѣтъ той цѣльности, какой ихъ обыкновенно надѣляютъ.

2. a.) Теорія органическаго развитія права. — b.) Роль законодательства. — c.) Національный характеръ права.

a.) Первоначальныя положенія Савиньи относительно органическаго развитія права высказываются имъ, повидимому, въ формѣ безусловной. Таковъ смыслъ этихъ хорошо извѣстныхъ утвержденій его брошюры:

Съ самаго начала исторіи право, подобно языку, нравамъ и учрежденіямъ, имѣетъ опредѣленный характеръ, свойственный данному народу. Всѣ эти проявленія народной жизни въ дѣйствительности неразрывно связаны между собой и только представляются намъ обособленными. Ихъ связью служитъ общее убѣжденіе народа и одинаковое чувство внутренней необходимости, исключающее всякую мысль о случайномъ и произвольномъ происхожденіи. Подобно возникновенію, и дальнѣйшее развитіе права стоитъ въ органической связи съ сущностью и характеромъ народа: имъ управляетъ тотъ же законъ внутренней необходимости. Заключенное первоначально въ общемъ сознаніи народа, оно начинаетъ разработываться, съ развитіемъ культуры, сословіемъ юристовъ. Но и здѣсь оно не перестаетъ быть частью народной жизни и продолжаетъ развиваться путемъ органическимъ. Такимъ образомъ, *все право повсюду* создается не произволомъ законодателя, а при посредствѣ внутреннихъ незамѣтно-дѣйствующихъ силъ, какъ право обычное [1]).

Савиньи говоритъ здѣсь: «alles Recht» и «überall,» и только въ этой категорической формѣ его утвержденія имѣли бы свое значеніе, въ смыслѣ отрицанія естественно-правовой идеи. Однако, приписавши происхожденіе права дѣйствію внутреннихъ тайнодѣйствующихъ силъ, онъ самъ считаетъ нужнымъ сдѣлать при этомъ извѣстныя ограниченія.—Здѣсь предполагается, замѣчаетъ онъ, безпрепятственное національное развитіе, совершающееся безъ чуждыхъ вліяній; съ другой стороны, не отрицается частичное воздѣйствіе на гражданское право законовъ, какъ благодѣтельное,

---

[1]) „Beruf...“ (III Aufl.) SS. 8—14.

такъ и вредное [1]). Савиньи допускаетъ, слѣдовательно, какъ возможность иноземныхъ вліяній, такъ и случаи законодательнаго вмѣшательства въ органическое теченіе жизни.

Изъ дальнѣйшаго изложенія мы узнаемъ, что образцомъ чисто-органическаго развитія, на основаніи котораго Савиньи построилъ свою теорію, служило для него право Древняго Рима.—Новыя формы создавались здѣсь въ непосредственной связи со старыми, и юридическое мышленіе постепенно переходило отъ крайней простоты къ высшему разнообразію безъ внѣшнихъ препятствій и перерывовъ. Все римское право развивалось извнутри, какъ право обычное [2]). Что же касается Германіи и вообще новыхъ народовъ, то у нихъ не было непрерывнаго національнаго развитія. Они рано подверглись римскому вліянію; а съ другой стороны, постоянныя передвиженія и столкновенія съ другими племенами и внутреннія революціи, незнакомыя римской исторіи, совершенно измѣнили первоначальныя ихъ установленія. Когда выработалась феодальная система, отъ старой націи не осталось болѣе и слѣда. Это превращеніе уже совершилось, когда римское право получило доступъ въ Германію [3]).

---

[1]) ibid. S. 14.

[2]) ibid. S. 32 ff.

[3]) ibid. SS. 38—39.— Въ связи съ этимъ слѣдуетъ толковать и ученіе Савиньи о фактѣ рецепціи. Давнишнія указанія на несовмѣстимость этого факта съ націоналистической теоріей происхожденія права, вѣрныя сами по себѣ, въ отношеніи къ Савиньи устраняются собственными его оговорками по этому поводу. Лишь въ общихъ своихъ разсужденіяхъ онъ настаиваетъ на томъ, что „содержаніе права вытекаетъ изъ внутренняго существа націи“ (См. въ особенности „Zeitschr. für geschichl. Rechtsw.“ Bd. I, S. 6). Переходя къ разсмотрѣнію конкретныхъ историческихъ явленій, онъ допускаетъ и возможность заимствованій. Вліяніе общей точки зрѣнія сказывается развѣ только въ утвержденіи, что „первоначально чуждое право, вѣками живя въ извѣстной націи, *дѣлается частью ея собственнаго существа*“ (Zeitschr. für geschichtl. Rw. Bd. III (1816). S. 6; перепечатано въ Beruf, Beilagen, S. 166). Вообще же Савиньи уже въ своей брошюрѣ признаетъ, что у новыхъ народовъ не было непрерывнаго національнаго развитія. Не менѣе ясныя указанія на этотъ счетъ мы находимъ и въ „System des heutig. R. R.“ Намъ недостаетъ, говоритъ здѣсь Савиньи, собственнаго, вмѣстѣ съ націей выросшаго права (S. 92.).—Водвореніе у новыхъ народовъ права римскаго онъ объясняетъ тѣмъ, что они не были призваны, въ такой мѣрѣ, какъ древніе, къ замкнутой національности: общая христіанская вѣра связала всѣхъ

Изъ этого мы видимъ, что органическое развитіе права, вопреки общему смыслу первоначальныхъ утвержденій, представляется Савиньи скорѣе *желательной нормой, встрѣчающейся при извѣстномъ сочетаніи условій*, чѣмъ необходимымъ историческимъ явленіемъ, наблюдаемымъ повсюду. Но подобное измѣненіе органической теоріи лишаетъ её того значенія, которое она могла имѣть въ борьбѣ съ естественнымъ правомъ и кодификаціонными стремленіями. Если не всякое положительное право есть продуктъ органическаго развитія, то не всегда, слѣдовательно, можно рекомендовать законодателю безусловное уваженіе къ положительнымъ установленіямъ. Различая въ исторіи органическіе продукты отъ неорганическихъ, мы тѣмъ самымъ допускаемъ критическую точку зрѣнія по отношенію къ историческому праву.

Въ сочиненіяхъ Савиньи не трудно найти и другіе примѣры того, какъ постоянно, при встрѣчѣ съ историческими фактами, онъ долженъ былъ отказываться отъ строгихъ началъ органической теоріи. И случай, и производъ, и личное начало вообще, всѣ эти понятія старой теоріи правообразованія, съ такой энергіей отвергнутые первоначально, вновь получили доступъ въ новое ученіе, которое, вслѣдствіе этого, утратило свою цѣльность и послѣдовательность. Правда, всѣ эти допущенія дѣлались въ видѣ частныхъ и попутныхъ замѣчаній, но отъ этого они нисколько не теряютъ своего значенія.—Такъ, напримѣръ въ «Системѣ современнаго римскаго права», протестуя противъ ученій о произвольномъ и случайномъ образованіи государствъ, Савиньи при-

---

ихъ невидимыми узами, если и не уничтожила ихъ національныхъ особенностей (S. 80. Ср. также Geschichte des R. R. im Mittelalter Bd. III, § 33. Послѣднюю ссылку дѣлаю по указанію Савиньи.).—Можетъ быть, въ цѣляхъ согласованія этого воззрѣнія съ общими началами своей теоріи, Савиньи поясняетъ, что римское право нашло доступъ въ новыя европейскія государства, въ качествѣ права обычнаго, явившагося продуктомъ дѣятельности ученаго сословія юристовъ (System § 18, S. 78 и § 19). Оставляя въ сторонѣ вопросъ, насколько удачно было обозначеніе реципированнаго римскаго права правомъ обычнымъ, хотя бы и утвердившимся при помощи юристовъ, я долженъ, однако, въ признаніи факта общности правообразованія у новыхъ народовъ подчеркнуть сознательное отступленіе Савиньи отъ націоналистической теоріи.

знаетъ, что *иногда* государства создаются подъ вліяніемъ насильственныхъ актовъ: такъ бываетъ при завоеваніи и раздробленіи территорій [1]). «Подобныя событія, прибавляетъ онъ, какъ ни часто они встрѣчаются въ исторіи, суть не болѣе, какъ аномаліи. Народъ остается и въ этомъ случаѣ естественнымъ базисомъ государства, а внутреннее развитіе—нормальнымъ способомъ его образованія. Если въ этотъ естественный процессъ вторгается чуждое историческое вліяніе, то оно можетъ быть преодолѣно и переработано нравственными силами народа. Если это не удается, тогда водворяется болѣзненное состояніе [2]).

Допуская возможность историческихъ аномалій, Савиньи невольно впадалъ въ кругъ естественно-правовыхъ понятій. Потребность критическаго отношенія къ исторіи сказывается и у него. Новыя подтвержденія этому мы находимъ въ его взглядахъ на роль законодательства. Савиньи и здѣсь не остался вѣренъ началамъ органической теоріи.

b) Какъ я замѣтилъ уже выше, органическая теорія Савиньи вовсе не стояла въ противорѣчіи съ идеей прогресса. Не оставляя своей точки зрѣнія, онъ могъ вполнѣ послѣдовательно защищаться противъ упрековъ въ проповѣди застоя [3]). Если онъ и говорилъ о невозможности прервать нити историческаго развитія, о вліяніи сложившихся взглядовъ и силѣ утвердившихся отношеній, объ отраженіи старыхъ традицій на постановкѣ новыхъ вопросовъ и на ихъ рѣшеніи [4]), то все это обозначало лишь признаніе власти прошлаго, но вовсе не исключало возможности прогрессивнаго движенія. Несомнѣнно, однако, что органическое ученіе, допуская идею прогресса, обрекало законодательство и юриспруденцію на чисто пассивную роль свидѣтелей непроизвольнаго развитія народнаго духа. Изъ основныхъ началъ этого ученія само собою вытекало требованіе правительственнаго невмѣшательства.

---

[1]) System, Bd. I, S. 31: Allerdings kann auf die Bildung der Staaten *Zufall und Willkühr groszen Einfluss ausüben...*

[2]) ibid. SS. 31—32.

[3]) См. Beruf... S. 117. Verm. Schrift. Bd. V (Gönner's Recension) S. 141. System, Bd. I, S XIV.

[4]) Beruf... SS. 112—113 и 39.

Въ брошюрѣ Савиньи это требованіе было преобладающимъ практическимъ мотивомъ. Не говоря уже о кодификаціи, онъ вообще считалъ здѣсь опаснымъ всякое произвольное измѣненіе существующихъ установленій. Въ сущности, единственной нормальной функціей законодательства онъ признавалъ (въ этомъ раннемъ своемъ произведеніи) лишь то содѣйствіе, которое можетъ быть оказано закономъ обычному праву, въ видѣ установленія большей опредѣленности его положеній (напримѣръ, относительно давностныхъ сроковъ), разрѣшенія контроверзъ и выясненія старыхъ обычаевъ [1]).

Соотвѣтственно съ этимъ, Савиньи высказываетъ въ своей брошюрѣ полное невѣріе въ спасительную силу законовъ. Онъ считаетъ заблужденіемъ думать, что законодательнымъ путемъ можно достигнуть какихъ-либо улучшеній въ жизни. Стремленія къ лучшему могутъ быть лишь поддержаны законами, но не вызваны ими. Тамъ, гдѣ эти стремленія отсутствуютъ, всякая законодательная попытка, вмѣсто того чтобы исправить, только усилитъ зло [2]).

Всѣ эти воззрѣнія являются естественными послѣдствіями органической теоріи правообразованія. Если нормальное развитіе права состоитъ въ естественномъ ростѣ, совершающемся путемъ дѣйствія внутреннихъ силъ, то понятно, что законодатель долженъ выжидать теченіе народной жизни и санкціонировать нормы, возникающія изъ ея собственнаго хода. Такова была первоначальная точка зрѣнія Савиньи. Въ «Системѣ современнаго римскаго права», вышедшей въ 1840 году, мы находимъ значительныя от-

---

[1]) Ibid. SS. 16 — 17 и 131. — На этихъ страницахъ Савиньи говоритъ также вскользь объ измѣненіи существующаго по высшимъ политическимъ соображеніямъ, рекомендуя при этомъ величайшую умѣренность (die höchste Sparsamkeit), въ виду легкой возможности безплоднаго искаженія права. — Въ статьѣ „Stimmen für und wider neue Gesetzbücher“ (Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. III, Heft 1. 1816) Савиньи пытался показать, что онъ вовсе не хочетъ сдѣлать изъ государства пассивнаго зрителя правообразованія; но и здѣсь онъ допускаетъ лишь такую законодательную дѣятельность, которая не нарушаетъ естественнаго хода событій (l. c. SS. 47—48; см. также перв. приложеніе къ „Beruf“... S. 188).

[2]) Ibid. SS. 46—47.

ступленія отъ этого первоначальнаго взгляда. Къ этому времени полемика по вопросу о кодификаціи затихла, прежнее отрицаніе исторіи уступило мѣсто новымъ воззрѣніямъ. Савиньи писалъ при иныхъ условіяхъ и приходилъ къ инымъ результатамъ [1]). Если и здѣсь онъ приписываетъ законодательству лишь вспомогательное значеніе въ развитіи права, то важность его онъ подчеркиваетъ гораздо сильнѣе, чѣмъ прежде. Приведу сполна относящееся сюда мѣсто изъ его позднѣйшаго произведенія.

«Если, вслѣдствіе измѣненія нравовъ, воззрѣній и потребностей, является необходимость въ реформѣ существующаго права или возникаетъ потребность въ совершенно новыхъ институтахъ, то въ этомъ случаѣ вліяніе законодательства можетъ быть чрезвычайно полезнымъ и даже неизбѣжнымъ. Хотя новые элементы и могутъ быть внесены въ право той же внутренней невидимой силой, которая его первоначально породила, но такъ какъ дѣйствіе указанныхъ выше причинъ обнаруживается лишь постепенно, то, вслѣдствіе этого, необходимо наступаетъ періодъ неопредѣленности въ правѣ, которая можетъ быть устранена путемъ закона. Такъ какъ, далѣе, всѣ юридическіе институты находятся между собою въ связи и взаимодѣйствіи, то введенное вновь положеніе права можетъ стать незамѣтно въ противорѣчіе съ другими, которыя остались неизмѣнными. Отсюда вытекаетъ необходимость примиренія ихъ, которое съ вѣрностью можетъ быть совершено едва ли не исключительно *съ помощью рефлексіи и намѣреннаго, слѣдовательно личнаго вмѣшательства* (fast nur durch Reflexion und absichtliches, also persönliches Eingreifen). Эти соображенія получаютъ особенно наглядное значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда требующее измѣненій право было закрѣплено ранѣе закономъ... Пріобрѣтая силу писанной буквы, оно замедляется въ своемъ внутреннемъ развитіи» [2]).

---

[1]) Въ „Системѣ“ Савиньи и самъ отмѣтилъ происшедшее сближеніе прежде враждебныхъ направленій (см. S. 53).

[2]) System, Bd. I, SS. 41—42. Савиньи припоминаетъ здѣсь извѣстные стихи Гёте: „Es erben sich Gesetz und Rechte“... По его мнѣнію, въ нихъ содержится не общее порицаніе положительнаго права и не превознесеніе естественнаго, а лишь осужденіе задержекъ въ правообразованіи. — Какъ я замѣтилъ уже выше

Изъ этой чрезвычайно-любопытной цитаты мы видимъ, что Савиньи подъ конецъ пришелъ къ противопоставленію невидимодѣйствующей правообразующей силы народа и сознательной личной дѣятельности, съ тѣмъ чтобы въ иныхъ случаяхъ отдать предпочтеніе этой послѣдней. Онъ не боится даже теперь законодательнаго вмѣшательства (Eingreifen), противъ котораго высказывался первоначально, но прямо рекомендуетъ его въ извѣстныхъ случаяхъ. Наконецъ, разсуждая далѣе, онъ признаетъ, что въ исторіи каждаго народа наступаютъ эпохи, неблагопріятныя образованію права при помощи общенароднаго сознанія. Эти эпохи совпадаютъ съ развитіемъ индивидуальнаго начала, обособленіемъ занятій и знаній и зависящимъ отъ этого установленіемъ сословій; правообразованіе, покоившееся ранѣе на общности сознанія, вслѣдствіе этого затрудняется. Въ этомъ случаѣ правообразовательная дѣятельность сама собой переходитъ къ законодательству [1]).

Таковы были послѣдніе выводы Савиньи по отношенію къ законодательной дѣятельности. Прибавлю здѣсь, что и въ вопросѣ о вліяніи законовъ на жизненныя отношенія онъ измѣнилъ впослѣдствіи свое мнѣніе въ пользу тѣхъ положеній, которыя отрицалъ первоначально, признавъ возможность благотворнаго воздѣйствія законодательныхъ нормъ на жизнь [2]). Стать на эту точку зрѣнія значило внести новое ограниченіе въ теорію непроизвольнаго развитія права. Выше мы отмѣтили, что Савиньи долженъ былъ съ самаго начала признать подобное развитіе лишь желательной нормой правообразованія. Теперь мы видимъ, что и этому взгляду онъ не остался вѣренъ, допустивъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ

(см. Введеніе, стр. 10), подобныя задержки и являются одной изъ причинъ естественно-правовыхъ стремленій.

[1]) Ibid. SS. 42—43 и 17.

[2]) Привожу здѣсь два мѣста, изъ которыхъ первое написано въ 1814, а второе въ 1844 и которыя могутъ характеризовать указанное измѣненіе.—Говоря въ своей брошюрѣ о невозможности исправить что-либо въ жизни путемъ законовъ, Савиньи приводилъ въ примѣръ брачное право. По странной ироніи случая, ему пришлось впослѣдствіи, когда онъ находился во главѣ министерства законовъ, разработывать проэктъ брачнаго законодательства, пользу котораго онъ отрицалъ порвоначально. Въ объяснительной запискѣ къ проэкту ему вновь приш-

необходимость личнаго вмѣшательства въ естественное теченіе жизни [1]).

с) Если Савиньи не могъ провести послѣдовательно органической точки зрѣнія и такимъ образомъ опровергнуть идею критическаго отношенія къ историческимъ установленіямъ, то еще менѣе могъ онъ, при помощи теоріи національнаго характера правообразованія, прійти къ отрицанію общихъ началъ, на основаніи которыхъ право можетъ подвергаться критикѣ. Идея національнаго развитія была очень полезнымъ противовѣсомъ абстракт-

---

лось высказаться по вопросу о значеніи брачныхъ законовъ и защищать себя противъ того мнѣнія, которое имъ же было раздѣляемо ранѣе. Вотъ соотвѣтствующія выдержки:

Diejenigen nun welche glauben, *dass jedes Uebel nur auf ein abhelfendes Gesetz warte, um dann auf der Stelle zu verschwinden,* werden diesen traurigen Zustand (des Eherechts) gern anerkennen, um dadurch das Bedürfniss einer kräftigen, durchgreifenden Gesetzgebung in helles Licht zu setzen. *Aber eben die Hoffnung, die sie hierin auf Gesetze bauen, halte ich für ganz grundlos.* Ist einmal in der allgemeinen Ansicht eine bestimmte und löbliche Richtung sichtbar, so kann diese durch Gesetzgebung kräftig unterstützt werden, aber hervorgebracht wird sie durch diese nicht... („Beruf"... III Aufl. S. 47. — Перв. изданіе вышло въ 1814 г.).

Dienigen, welche verlangen, dass die Gesetzgebung sich unthätig verhalte, und eine von selbst eintretende Besserung ruhig abwarte, scheinen dabei vorauzusetzen, *dass die jetzt vorhandenen Uebel gleichfalls von selbst entstanden seien. Diese Voraussetzung aber muss als irrig verworfen werden. Grossentheils ist es gerade unsere fehlerhafte Gesetzgebung, welche die jetzt vorhandenen Uebelstände hervorgebracht hat,* die also auch nur von derselben Seite her wahre Abhülfe erwarten können. Dass dieses in der That so ist, zeigt eine unbefangene Vergleichung des Zustandes unseres Landes mit dem Zustande anderer deutschen Länder. (Verm. Schrift. Bd. V, Reform der Gesetze über Ehescheidung". S. 251. Въ первый разъ напечатано въ 1844 г.).

[1]) Вопросъ объ отношеніи Савиньи въ законодательной дѣятельности издавна составлялъ спорный пунктъ при истолкованіи его ученія, точно такъ же, какъ его взглядъ на рецепцію (см. стр. 88, примѣч. 3) и его отношеніе къ философіи права (см. стр. 94). Я думаю, что при разрѣшеніи этого вопроса слѣдуетъ различать двѣ стадіи въ развитіи мысли Савиньи,—первоначальную, болѣе близкую къ основаніямъ органической теоріи, и позднѣйшую, представляющую отклоненіе отъ нея къ болѣе широкой точкѣ зрѣнія. Несомнѣнно, что въ своей брошюрѣ, согласно

нымъ схемамъ прожней философіи; но отрицаніемъ общихъ требованій естественнаго права эта идея была бы лишь въ томъ случаѣ, если бы она совершенно устраняла общность отдѣльныхъ положительныхъ правъ. Несомнѣнно, однако, что особенныя и отличительныя черты извѣстныхъ явленій нисколько не исключаютъ общности ихъ основы. Этотъ именно взглядъ съ самаго начала высказывалъ Савиньи. Выдвигая идею индивидуальнаго развитія и отрицая возможность общепригоднаго идеала, онъ не отвергалъ общихъ основъ правообразованія, которыя называлъ «философскимъ элементомъ всякаго положительнаго права». Прямое указаніе на это мы находимъ въ его рецензіи на сочиненіе Гённера «О законодательствѣ», написанной въ 1815 г. [1]). Болѣе подробныя разъясненія по этому вопросу онъ далъ въ «Системѣ современнаго римскаго права». Изложивши свою національностическую теорію, онъ чувствуетъ здѣсь потребность опредѣлить ея отношеніе къ ученіямъ, которыя считаютъ факторомъ правообразованія не индивидуальный духъ извѣстнаго народа, а духъ общечеловѣческій. Повидимому, онъ имѣетъ при этомъ въ виду Гегеля и его послѣдователей, которымъ принадлежало это утвержденіе. Вотъ что говоритъ онъ по этому поводу.

Тѣмъ, которые склонны приписывать образованіе права обще-

съ основнымъ ея положеніемъ о преимуществахъ самобытнаго правообразованія, Савиньи относился къ законодательной дѣятельности отрицательно. Исключеніе онъ дѣлалъ для реформъ политическаго характера (каково, напримѣръ, измѣненіе крѣпостныхъ отношеній), рекомендуя, однако, и здѣсь величайшую осторожность. Въ „Системѣ соврем. римск. пр.“ онъ всталъ на иную точку зрѣнія. Вотъ почему мнѣ кажется невѣрнымъ разрѣшеніе вопроса, подобное тому, которое мы находимъ у Шталя („Geschichte der Rechtsph“. S. 583), не дѣлающаго различія между первоначальными и позднѣйшими взглядами Савиньи. Съ другой стороны, трудно согласиться и съ мнѣніемъ Лабуле, который въ позднѣйшихъ идеяхъ Савиньи видитъ дальнѣйшее развитіе его прежнихъ утвержденій (См. его Essai sur la vie et les doctrines de Savigny. Paris 1842, p. 69).

[1]) Говоря здѣсь о томъ, что каждый народъ имѣетъ свою индивидуальность, исключающую возможность изобрѣтенія общаго для всѣхъ народовъ права, Савиньи прибавляетъ: „dabei aber wird keineswegs verkannt, dass in jenem Individuellen und Verschiedenen gewisse allgemein-menschliche und gleichförmige Richtungen angetroffen merden, welche man das philosophische Element alles positiven Rechts nennen kann“. (Verm. Schrift. Bd. V, S, 142).

человѣческому духу, ученіе, признающее носителемъ права индивидуальный народъ, можетъ показаться слишкомъ ограниченнымъ. Но при болѣе точномъ разсмотрѣніи, оба воззрѣнія оказываются вовсе не противорѣчащими другъ другу: въ отдѣльномъ народѣ проявляется общечеловѣческій духъ, обнаруживающійся въ немъ въ индивидуальныхъ очертаніяхъ. Но произведеніе права есть дѣйствіе, и притомъ общественное дѣйствіе (eine gemeinschaftliche That); а это послѣднеее мыслимо лишь при условіи дѣйствительнаго, а не только возможнаго общенія людей. Но такъ какъ подобное общеніе существуетъ лишь въ границахъ отдѣльнаго народа, то здѣсь только и можетъ возникнуть дѣйствительное право. Этимъ, однако, не исключается, что его образованіе служитъ выраженіемъ общечеловѣческаго стремленія, а не индивидульнаго произвола даннаго народа, совершенно неизвѣстнаго другимъ [1]). И такъ, Савиньи не отрицаетъ дѣйствія въ исторіи общихъ началъ, но указываетъ только, что конкретной средой ихъ проявленія служатъ отдѣльные народы. Въ другомъ мѣстѣ своей «Системы» [2]) онъ идетъ еще далѣе, осуждая одностороннее мнѣніе, забывающее за національнымъ элементомъ общечеловѣческій. Подобная односторонность ведетъ, по его словамъ, къ отрицанію въ правѣ всякаго высшаго призванія. При этомъ условіи и изслѣдованіе права становится одностороннимъ: содержаніе его принимается случайнымъ и безразличнымъ, и все ограничивается констатированіемъ факта, какъ такового. Опредѣленіе общихъ началъ, основанныхъ на общности человѣческой природы, есть дѣло философіи права; но и въ историческихъ изслѣдованіяхъ, повидимому преслѣдующихъ спеціальныя цѣли, можетъ обнаруживаться пониманіе цѣлаго и сознаніе высшаго назначенія юридическихъ институтовъ; точно такъ-же какъ общія философскія разсужденія могутъ опираться на созерцаніе исторической жизни народовъ.

Въ «Системѣ современнаго римскаго права» мы находимъ даже философскую попытку опредѣлить общую цѣль развитія права. По мнѣнію Савиньи, она сводится къ нравственному назначенію

---

[1]) System. SS. 20—21.
[2]) Ibid. SS. 52—53.

человѣческой природы, какъ оно опредѣляется христіанской религіей [1]). Наиболѣе чистой и непосредственной формой обнаруженія этой общей задачи онъ полагаетъ «признаніе всюду равнаго нравственнаго достоинства и свободы человѣка и юридическую охрану этой свободы при помощи соотвѣтствующихъ институтовъ» [2]). Савиньи противопоставляетъ это нравственное начало, какъ общій элементъ правообразованія, частному или національному. Будучи продуктомъ одной и той же созидающей силы, они, однако, часто вступаютъ въ противорѣчіе и взаимно другъ друга ограничиваютъ, чтобы, можетъ быть, потомъ примириться въ высшемъ единствѣ. Національный элементъ, какъ буква закона (jus strictum, ratio juris), самъ по себѣ представляется несовершеннымъ и узкимъ; но съ теченіемъ времени онъ можетъ воспринять родственныя ему общія начала и соотвѣтственно съ этимъ расшириться. Взаимодѣйствіе обоихъ элементовъ служитъ важнѣйшимъ мотивомъ въ прогрессѣ народнаго права [3]).

И такъ, Савиньи вновь пришелъ здѣсь къ противопоставленію разнородныхъ началъ, изъ сочетанія которыхъ объясняется исторія права. Какъ прежде, на ряду съ дѣйствіемъ внутреннихъ органическихъ силъ, онъ долженъ былъ признать значеніе личныхъ усилій, такъ теперь онъ объявляетъ общечеловѣческія задачи права высшимъ моментомъ, расширяющимъ узкія рамки національнаго развитія. Вмѣсто первоначальнаго ученія объ органическомъ самораскрытіи національнаго духа, мы пришли въ концѣ концовъ къ болѣе сложной теоріи, которой не чуждо даже гегелевское понятіе о примиреніи противоположностей въ высшемъ единствѣ. Позднѣйшіе нападки Іеринга на узко-національную теорію Савиньи тѣмъ болѣе справедливы, что уже самъ основатель исторической школы сознавалъ необходимость ея расширенія.

Признаніе взаимодѣйствія національнаго и общечеловѣческаго элементовъ, въ качествѣ «важнѣйшаго мотива въ прогрессѣ народнаго права», интересно для насъ и въ томъ отношеніи, что оно содержитъ въ себѣ указаніе на происходящее

---

[1]) Ibid, S. 53.
[2]) Ibid, S. 55.
[3]) Ibid. SS. 55—56.

въ исторіи взаимодѣйствіе права и нравственности, которое я обозначилъ выше, какъ основаніе дуализма естественнаго и положительнаго правъ [1]).

Мы указали уже, что Савиньи допустилъ возможность задержекъ въ правообразованіи, создающихъ несовершенства дѣйствующаго права и обусловливающихъ необходимость законодательнаго вмѣшательства. Теперь мы находимъ у него и дальнѣйшія поясненія относительно характера жизненныхъ противорѣчій, возмущающихъ стройное развитіе права и являющихся причиной его прогрессивныхъ измѣненій.

Всѣ эти позднѣйшіе взгляды, которые Савиньи высказалъ въ «Системѣ современнаго римскаго права» были любопытнымъ восполненіемъ его историческихъ воззрѣній. Несомнѣнно, однако, что они не совсѣмъ согласовались съ его первоначальнымъ стремленіемъ найти нравственное оправданіе для юридическихъ институтовъ въ условіяхъ ихъ образованія. Въ основѣ онъ по прежнему остался вѣренъ ученію объ ихъ закономѣрномъ и естественномъ происхожденіи. Убѣжденіе въ общей правильности историческихъ путей сохранилось у него и теперь. Но онъ долженъ былъ признать, что естественный ходъ исторіи не исключаетъ ни случайныхъ аномалій, ни временныхъ задержекъ, ни внутреннихъ противорѣчій, требующихъ своего примиренія. Критическое отношеніе къ исторіи и признаніе необходимости личнаго вмѣшательства въ ея процессы вытекало отсюда само собой. Это не былъ, конечно, возвратъ къ анти-историческимъ воззрѣніямъ XVIII вѣка. Но здѣсь несомнѣнно заключалось извѣстное признаніе основныхъ стремленій естественнаго права.

Такимъ образомъ, главная цѣль Савиньи—найти моральное оправданіе для историческаго права—не была достигнута; но она отразилась на всемъ характерѣ его доктрины. Отсюда произошли первоначальныя узкія формулы его теоріи правообразованія, отчасти исправленныя имъ впослѣдствіи. Отсюда же объясняется и неправильное представленіе его о существѣ положительнаго права.

---

[1]) Кажется, излишне прибавлять послѣ сдѣланныхъ разъясненій, что о послѣдовательномъ и полномъ отрицаніи философіи права здѣсь не можетъ быть и рѣчи.

Савиньи повторяетъ здѣсь ошибку старыхъ естественно-правыхъ системъ, не умѣвшихъ проводить границу между требованіями идеальнаго правосознанія и формально-юридическими нормами.

Мнѣ остается теперь разъяснить эту сторону излагаемаго ученія [1]).

3. Опредѣленіе положительнаго права.

Думая найти оправданіе историческаго права въ происхожденіи его изъ національнаго сознанія, Савиньи увидѣлъ въ этомъ признакѣ и сущность положительныхъ нормъ. Вслѣдствіе этого, формально-юридическое значеніе положительнаго права было поставлено въ зависимость отъ извѣстныхъ условій его происхожденія, дававшихъ ему моральную санкцію. Съ другой стороны, уже одно происхожденіе права изъ народнаго духа было признано достаточнымъ свидѣтельствомъ его положительнаго значенія. Общенародное правосознаніе, по воззрѣнію Савиньи, является правомъ само по себѣ, безъ всякихъ дальнѣйшихъ требованій относительно его позитивации. Это прямо слѣдуетъ изъ тѣхъ мѣстъ «Системы современнаго римскаго права», гдѣ говорится о возникновеніи юридическихъ нормъ.

«Юридическое правило», читаемъ мы въ одномъ изъ этихъ мѣстъ: «возникаетъ изъ общаго правосознанія или изъ непосредственнаго убѣжденія въ его истинѣ и въ присущей ему (помимо внѣшней санкціи) обязательной силѣ» [1]). Источникомъ юридическаго значенія нормы полагается здѣсь общее убѣжденіе въ ея внутреннемъ достоинствѣ.

Не менѣе ясенъ смыслъ и другого утвержденія Савиньи. «Всюду,

---

[1]) Обстоятельное разсмотрѣніе взглядовъ исторической школы съ этой точки зрѣнія дано недавно Бергбомомъ (Jurispr. und Rechtsph. I, SS. 480—531). Это избавляетъ меня отъ необходимости подробнаго изслѣдованія даннаго пункта. Я не могу, однако, обойти его совершенно, тѣмъ болѣе, что мнѣ представляется возможнымъ выдвинуть нѣкоторые моменты, недостаточно подчеркнутые у нѣмецкаго писателя, а главное иначе объяснить причины, обусловившія ошибочные взгляды Савиньи на существо положительнаго права (объясненіе Бергбома см. l. c., SS. 527 –531).

[1]) System, I, S. 177.

гдѣ только возникаетъ вопросъ объ юридическомъ отношеніи, *соотвѣтствующее ему правило оказывается уже существующимъ* и не нуждается въ придумываніи». Вслѣдствіе этого свойства права, продолжаетъ далѣе Савиньи, по которому оно является даннымъ въ каждомъ случаѣ, когда его ищутъ, мы и называемъ его правомъ *положительнымъ* [1]).—Это опредѣленіе направлено, очевидно, противъ взглядовъ прежняго времени, будто бы право придумывается людьми, когда въ этомъ является необходимость, въ полной зависимости отъ ихъ желанія и разумѣнія. «Eine Regel.... zu erfinden weder nöthig noch möglich ist», замѣчаетъ въ отвѣтъ на это Савиньи, ссылаясь на фактъ существованія нормъ въ народномъ сознаніи. Подобная ссылка могла служить возраженіемъ противъ мнѣнія о произвольномъ придумываніи юридическихъ нормъ; но она включала въ себѣ источникъ для новыхъ заблужденій, поскольку историческая обусловленность права принималась въ ней и за причину его позитивнаго значенія. Современная юриспруденція заботится объ установленіи строго-опредѣленныхъ признаковъ, по которымъ узнаются юридическія нормы. Въ противоположность этому Савиньи говоритъ: «принимая невидимое происхожденіе положительнаго права, мы должны отказаться отъ всякаго удостовѣренія (auf jeden urkundlichen Beweis) этого происхожденія» [2]).

Изъ отождествленія положительнаго права съ общенароднымъ правосознаніемъ естественно вытекали дальнѣйшія утвержденія, что законодатель есть не болѣе, какъ выразитель народнаго духа, а обычай — лишь форма его распознаванія. Если юридическая норма получаетъ свое начало въ сферѣ народнаго сознанія, то для ея бытія не требуется, конечно, никакихъ формальныхъ актовъ. Въ наше время законодательная санкція и обычное примѣненіе нормы считаются основными условіями ея юридическаго характера. Въ теоріи Савиньи они отодвигаются на второй планъ и получаютъ значеніе внѣшнихъ свидѣтельствъ о правѣ, возникшемъ независимо отъ нихъ [3]).

---

[1]) Ibid., S. 14.

[2]) Ibid. S. 14.

[3]) Въ видахъ точности, я долженъ замѣтить, что и въ данномъ случаѣ Савиньи

Всѣ эти представленія имѣютъ извѣстное сродство съ понятіями старой естественно-правовой философіи. Основная ошибка этой философіи, надѣлявшей моральное сознаніе о правѣ юридическимъ значеніемъ, встрѣчаетъ насъ и у Савиньи. Унего попадаются даже порою мысли, совершенно переносящія насъ въ атмосферу прежнихъ воззрѣній. «Задача правителей, такъ говоритъ онъ въ одномъ мѣстѣ, состоитъ въ томъ, чтобы признавать право, существующее независимо отъ нихъ. *Живущее въ народѣ право есть единственно-разумное.* Ставя на мѣсто его свой произволъ, они поступаютъ вопреки своему призванію» [1]). Такимъ образомъ, народное право оказывается *своего рода естественнымъ правомъ*, священнымъ и неприкосновеннымъ для правителей [2]).—Не будемъ, однако, преувеличивать сходства двухъ доктринъ, которыя—конечно, не по одному недоразумѣнію,—издавна противополагались другъ другу.

не былъ вполнѣ послѣдователенъ. Такъ, напримѣръ, утверждая, что народно-правовое убѣжденіе имѣетъ обязательную силу, помимо всякой внѣшней санкціи, онъ говоритъ съ другой стороны, что „только въ государствѣ, чрезъ учрежденіе суда, право получаетъ жизнь и дѣйствительность“ System, I, 23. Отъ этого послѣдняго утвержденія не далеко до мысли, что юридическое значеніе пріобрѣтается правомъ лишь при извѣстныхъ внѣшнихъ условіяхъ его охраны.—Савиньи допускалъ также извѣстные случаи, гдѣ обычай можетъ играть роль не только формы распознаванія, но и основы происхожденія права (als mitwirkender Entstehungsgrund. System, I. 35—37).

[1]) Verm. Schrift. Bd. V, SS. 128 и 130 (Recension von Gönner's, Ueber Gesetzgebung. Въ первый разъ статья напечатана въ Zeitschr. für gesch. Rechtsw. 1815 г.).

[2]) Еще Цительманъ, говоря о правѣ, создающемся, по воззрѣнію исторической школы, дѣятельностью народнаго духа, замѣчаетъ: „das Recht, das er (der Volksgeist) setzt, ist... wie vom Himmel gefallen in den Menschen fertig da, oder vielmehr ich wage den Ausdruck: *es ist eine Art Naturrecht*“ (Arch. für die civil. Praxis. 1883. Bd. LXVI, Heft 3, S. 402. Статья: Gewohnheitsrecht und Jrrthum). Слова эти относятся къ Пухтѣ, но они вполнѣ примѣнимы и къ Савиньи. Сопоставленіе „народнаго права“ исторической школы съ правомъ естественнымъ находимъ также у лорда Актона. Обсуждая главную мысль Савиньи, онъ говоритъ о ней слѣдующее: „if the nation is the source of law, it is reasonable to infer that national consent is a normal element in legislation, and that the state ought legitimately to take its limits from the nation... And it came to pass that the historical school, having abolished the law of nature, wich was the motive of 1789, instituted the law of nationality wich became the motive of 1848.“ (The english historical review. 1886. V. I, p. 10. Статья: German schools of history.).

Между ними существуетъ и коренное различіе, обусловливающееся существеннымъ противорѣчіемъ объективно-историческаго созерцанія и раціоналистической философіи. Если Савиньи, подобно прежнимъ философамъ, и признавалъ за идеальнымъ сознаніемъ народа юридическое значеніе, то онъ не пытался и по существу своихъ взглядовъ не могъ пытаться установить содержаніе этого сознанія путемъ разума. Согласно съ его основнымъ положеніемъ, содержаніе права раскрывается въ исторіи, въ процессѣ объективированія народнаго духа и отсюда должно быть выводимо. Оно представляется ему даннымъ для разума и не подлежащимъ субъективному усмотрѣнію. Но это исторически-данное право точно такъ-же противопоставлялось имъ произволу правителей, какъ и естественное право прежнихъ философовъ.

Мы подошли здѣсь вновь къ основному мотиву воззрѣній Савиньи, изъ котораго объясняются всѣ существенныя черты его теоріи. Поднять моральное значеніе историческаго порядка—такова была господствующая цѣль его построеній. Къ этому онъ побуждался желаніемъ найти для положительныхъ установленій санкцію, обезпечивающую ихъ, какъ отъ субъективныхъ нападокъ естественнаго права, такъ и отъ произвольнаго вмѣшательства законодательной власти. Вполнѣ естественно было подчинить, при этомъ, вопросъ объ основахъ юридическаго значенія права проблеммѣ его моральнаго оправданія. Въ этомъ случаѣ Савиньи послѣдовалъ за той постановкой вопроса, которую онъ нашелъ въ предшествующей ему философіи права. Полемика съ естественнымъ правомъ, нападавшимъ на положительное изъ-за отсутствія въ немъ моральныхъ элементовъ, заставила и Савиньи прежде всего обратить вниманіе на моральное оправданіе положительныхъ установленій; и предъ этой задачей вопросъ объ основахъ ихъ юридическаго значенія отступалъ для него на второй планъ.

Въ современной юриспруденціи опредѣленіе существа положительнаго права сводится къ отысканію тѣхъ формальныхъ признаковъ, которые его характеризуютъ. Дѣйствіе права, по ученіямъ нашего времени, основывается на авторитетномъ значеніи издающихъ его органовъ или на практической силѣ обычая. Но какъ могъ довольствоваться подобнымъ объясненіемъ Савиньи, если ему приходилось высказываться противъ безусловнаго авто-

ритета законодательной воли и отыскивать для права высшія моральныя основанія. Не силу нормъ, исходящихъ отъ власти, а значеніе самобытно-развившагося права старался утвердить нашъ писатель. Въ этомъ отношеніи консерватизмъ его соприкасается съ либеральными теоріями юридическаго государства. Мы точно слышимъ Канта или Вильгельма Гумбольдта, когда Савиньи говоритъ: «все это стремленіе однимъ ударомъ сверху улучшить наше юридическое состояніе, что это, какъ не лишнее проявленіе несчастнаго направленія, столь долго уже проникающаго нашу общественную жизнь, — направленія, желающаго всѣмъ управлять и управлять все болѣе и болѣе («alles zu regieren und immer mehr regieren zu wollen» [1]).

Таковы основныя черты теоріи Савиньи. Первоначальныя ея стремленія были враждебны естественному праву; частные выводы и дальнѣйшія заключенія невольно сближали ее съ противоположнымъ направленіемъ. Въ этомъ отчасти сказалась сила традиціи, подлежавшей критикѣ послѣдующей науки [2]). Въ иныхъ случаяхъ указанное сближеніе было необходимымъ результатомъ развитія мысли, требовавшей восполненія. Разсмотрѣніе взглядовъ Пухты подтвердитъ намъ эти выводы.

---

[1]) Beruf, III Aufl., Beilagen, S. 186 (перепечатано изъ Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. III. 1816).

[2]) Въ мои задачи не входитъ разборъ спеціально-юридическихъ построеній Савиньи; но не могу не замѣтить мимоходомъ, что и здѣсь основатель исторической школы далеко не остался чуждъ вліянію старыхъ естественно-правовыхъ пріемовъ. Сошлюсь въ данномъ случаѣ на авторитетный отзывъ Беккера. Гейдельбергскій ученый находитъ, что „Система“ Савиньи полна естественно-правовыхъ дедукцій, опирающихся на признаніе общеобязательныхъ выводовъ изъ неизмѣнной природы вещей (что, по словамъ Беккера, особенно бросается въ глаза въ ученіи объ изъявленіяхъ воли, III, § 114 ff. и § 134 ff.). Историческая подвижность юридическихъ отношеній недостаточно ясно сознается главою исторической школы. Старыя представленія о естественности и вѣчности юридическихъ понятій еще владѣютъ его мыслью. Въ этомъ отношеніи Гуго выгодно отъ него отличался. Ср. I. Bekker, Ueber den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule. Heidelberg 1886. S. 20, а также Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft (его же). Leipzig 1892. S. 137. ff.

ГЛАВА V.

Пухта [1]).

Воззрѣнія исторической школы получили у Пухты дальнѣйшее развитіе. Нѣкоторыя положенія Савиньи были выражены его преемникомъ съ бо́льшей рѣзкостью, но общія стремленія школы остались и у него все тѣ же. Позднѣйшіе взгляды Пухты [2]), на которыхъ замѣтно вліяніе Шеллинга, представляютъ значительное отступленіе отъ тѣхъ положеній, съ которыми выступилъ нѣкогда Савиньи въ своей брошюрѣ. Но и здѣсь мы находимъ лишь болѣе ясное и глубокое формулированіе тѣхъ самыхъ началъ, къ которымъ пришелъ подъ конецъ родоначальникъ исторической юриспруденціи. Въ виду этого, я долженъ буду сократить соотвѣтствующимъ образомъ настоящую главу, изъ опасенія повтореній, и безъ того неизбѣжныхъ мѣстами.—Начну съ характеристики взглядовъ Пухты на образованіе права.

1. Теорія правообразованія.

Сочиненіе, въ которомъ Пухта сдѣлалъ опытъ развитія идей Савиньи, было посвящено спеціальному изслѣдованію обычнаго

---

[1]) О Пухтѣ см. характеристики Ветцеля и Шталя, перепечатанныя въ началѣ сборника статей, изданныхъ послѣ смерти знаменитаго юриста подъ заглавіемъ „Kleine civil. Schriften“. Ср. также соотвѣтствующія мѣста у Муромцева (Очерки гражд. пр., стр. 211 слл.) и Чичерина (Исторія пол. ученій. Ч. IV, стр. 430 слл.).

[2]) Я имѣю здѣсь въ виду его попытку философской обработки общихъ началъ права во введеніи къ „Курсу институцій“ (перв. изд. 1841 г.).

права. По самому характеру темы, главныя положенія школы должны были найти здѣсь новое подкрѣпленіе. Обычное право еще со временъ Гуго считалось образцомъ самобытнаго развитія. У Савиньи оно получило значеніе непосредственнаго продукта народнаго сознанія. Эта мысль является основною и въ монографіи Пухты. Возвысить авторитетъ обычнаго права, показать его связь съ народнымъ духомъ и отсюда вывести его практическую силу— таковы были руководящія идеи классическаго труда, носящаго заглавіе: «Das Gewohnheitsrecht». Осуществленіе этихъ идей само собою влекло Пухту къ подтвержденію теоріи Савиньи.

Вслѣдъ за своимъ учителемъ, и еще болѣе рѣшительно, чѣмъ онъ, Пухта стремится подчеркнуть изначальность опредѣленій обычнаго права и органическій характеръ ихъ происхожденія. Источникомъ юридическихъ нормъ является для него та духовная связь, которая съ самаго начала характеризуетъ народъ, какъ единое цѣлое [1]). Личное сознаніе черпаетъ свои представленія о правѣ изъ этого общаго источника, одинаково присущаго всѣмъ. «Das Recht ist das Resultat einer Volksthätigkeit» [2]),—таково было исходное утвержденіе Пухты. Вліяніе личнаго произвола не менѣе, чѣмъ у Савиньи, устранялось, при этомъ, изъ исторіи права, которая получала, такимъ образомъ, характеръ постепеннаго раскрытія принциповъ, потенціально заложенныхъ въ народномъ духѣ. Въ этомъ смыслѣ Пухта склоненъ былъ называть иногда обычное право прирожденнымъ народу (eingeborenes Recht) [3]).

Подобный взглядъ возвышалъ моральное значеніе историческаго права и укрѣплялъ положительное отношеніе къ нему [4]). Однако, и Пухта не могъ провести послѣдовательно свою точку зрѣнія. Оставаясь въ области общихъ разсужденій, можно было не замѣ-

---

[1]) См. къ этому Gewohnheitsrecht. Erster Theil 1828 r. S. 133 ff.

[2]) Ibid. S. 139.

[3]) Ibid. S. 160.

[4]) Ср. Муромцевъ, указ. соч., стр. 212—Не могу лишь согласиться съ мнѣніемъ почтеннаго автора, что истинный смыслъ заключеній Пухты „клонился къ отрицанію самого историческаго процесса образованія права". Самораскрытіе народнаго духа не исключаетъ понятія процесса. Притомъ же Пухта по частнымъ поводамъ допускалъ и вліяніе внѣшнихъ причинъ, замедляющихъ или ускоряющихъ внутреннее развитіе (см. въ особ. Gewohnheitsr. I, S. 217.).

чать ея недостатковъ; но переходя къ разсмотрѣнію конкретнаго историческаго развитія, трудно было оставаться вѣрнымъ теоріи, видѣвшей въ правѣ одно лишь нормальное проявленіе общенароднаго духа. Подобно Савиньи, и Пухта долженъ былъ признать и возможность личнаго воздѣйствія на образованіе права, и случаи историческихъ аномалій.

Къ признанію перваго рода его приводило, между прочимъ, обсужденіе факта рецепціи. Не будучи въ состояніи объяснить этотъ фактъ дѣятельностью общенароднаго духа, Пухта утверждалъ, что рецепція совершилась подъ вліяніемъ науки, факторомъ которой является не народный духъ, а личное сознаніе, какъ таковое [1]). Но и помимо факта рецепціи, уже самое понятіе представительства народа при посредствѣ юристовъ, являлось нѣкоторой уступкой личному началу. Какъ нерѣдко замѣчалъ Пухта, общее правовое убѣжденіе никогда не присутствуетъ у *всѣхъ* членовъ народа; бо́льшая или меньшая часть его можетъ вовсе не сознавать извѣстныхъ частей права, которыя не затрогиваютъ ея прямыхъ интересовъ. Съ другой стороны, у всѣхъ народовъ и во всѣ времена, даже самыя раннія, по увѣренію Пухты, можно найти особыхъ лицъ, которыя вслѣдствіе своего духовнаго превосходства, вслѣдствіе склонности и призванія, отличаются особенными познаніями въ правѣ. Съ возрастаніемъ разнообразія и количества нормъ, познанія массы народной становятся все менѣе совершенными, а юристы все болѣе и болѣе дѣлаются естественными представителями народнаго сознанія [2]). Хотя наука, съ точки зрѣнія этой теоріи, и призвана лишь развивать то, что въ зародышѣ (als Keime) заключено въ народномъ сознаніи [3]); но все-таки понятіе представительства, для котораго нужны и особыя способности, и научная подготовка, было извѣстнымъ допущеніемъ идеи личнаго начала и психическаго труда, которому только и открывается потенціальное содержаніе народнаго духа.

Признаніе возможности историческихъ аномалій съ особенной

---

[1]) Gewohnheitsrecht, I, SS. 214 и 165.

[2]) Gewohnheitsrecht I, S. 155; II, SS. 17—19, и 259—260. Ср. также Beseler's Kritik, SS. 14—15.

[3]) Gewohnheitsr., II, S. 15.

ясностью дѣлается Пухтой въ «Институціяхъ», въ томъ мѣстѣ, гдѣ, говоря о диссонансахъ въ развитіи права, онъ допускаетъ, что и самый *духъ народный подверженъ болѣзненнымъ явленіямъ* [1]).

Вообще въ этомъ позднѣйшемъ своемъ произведеніи, Пухта значительно отклонился отъ исходныхъ положеній исторической школы. Философская обработка основныхъ понятій права, совершенная подъ вліяніемъ Шеллинга, заключаетъ въ себѣ выходъ къ инымъ воззрѣніямъ, болѣе широкимъ.

Это сказывается, во первыхъ, въ новомъ для разсматриваемой школы пониманіи историческаго процесса, какъ сочетанія моментовъ свободы и необходимости. По смыслу той теоріи, которую высказалъ первоначально Савиньи, исторія исключаетъ понятіе свободы, представляя собою строго-необходимое органическое развитіе. Практическая потребность изобразить самобытное развитіе права, какъ внутренне-необходимый и разумный процессъ, приводили его къ воззрѣнію, коего односторонность должна была обнаружиться при дальнѣйшемъ размышленіи. Когда Пухта писалъ свои «Институціи», вліяніе указанной практической потребности не имѣло для него прежней силы, а примѣръ Шеллинга подсказывалъ ему иныя опредѣленія. Въ согласіи съ знаменитымъ философомъ, онъ утверждаетъ, что въ исторіи дѣйствуетъ свобода, но не безграничная, а направляемая высшей необходимостью. Человѣку дана свобода для того, чтобы онъ выполнялъ волю Божію при помощи свободнаго рѣшенія [2]).—Въ соотвѣтствіи съ этимъ, онъ объясняетъ и происхожденіе права и государства. Ихъ первоначальной основой является божественная воля; но осуществленіе этой воли предоставляется человѣческой свободѣ. Правда, Пухта имѣлъ здѣсь въ виду не произволъ отдѣльныхъ лицъ, а свободную волю народа, которая служитъ выраженіемъ народнаго духа; но все-таки это было допущеніемъ момента свободы. И самъ онъ видѣлъ въ своемъ взглядѣ примиреніе прежней договорной теоріи, все выводившей изъ частной воли, и органическаго ученія, одно-

[1]) Institutionen, Кар. II, § 15: „der Geist eines Volkes störenden Anwandlungen, wie einer Krankheit, ausgesetzt ist".

[2]) Insitutionen. Кар. I, A. Von der Freiheit.

сторонне разсматривавшаго государство, какъ явленіе природы (ein Naturgewäcks) [1]).

Другое соприкосновеніе Пухты съ понятіями идеалистической философіи я вижу въ признаніи идеи всемірной исторіи, связующей отдѣльные народы въ одно цѣлое. Національстическая теорія Савиньи, какъ мы замѣтили выше, не исключала возможности общихъ началъ, проявляющихся въ различныхъ системахъ положительнаго права. Но допущеніе системъ, общихъ нѣсколькимъ народамъ, равно какъ и признаніе не-національнаго творчества являются прямымъ отступленіемъ отъ этой теоріи. Подобное отступленіе дѣлалъ и Савиньи. У Пухты оно представляется еще болѣе рѣшительнымъ, вслѣдствіе болѣе ясной философской постановки вопроса.—Уже въ «Gewohnheitsrecht», касаясь понятія jus gentium, онъ отмѣчалъ въ немъ результатъ сношеній съ иностранцами, обусловившихъ проникновеніе въ національное римское право общихъ началъ. Источникомъ jus gentium онъ считалъ отличный отъ партикулярнаго народнаго духа *естественный разумъ, общій всѣмъ людямъ* [2]). Еще болѣе интересныя въ этомъ отношеніи мѣста мы находимъ въ «Институціяхъ», въ главѣ «Das jus gentium und sein Einfluss auf das prätorische Recht».

Каждый народъ, говоритъ здѣсь Пухта, имѣетъ индивидуальность, отличающую его отъ другихъ. Но рядомъ съ этими индивидуальными чертами, въ направленіи и взглядахъ народовъ замѣчаются и общія начала, которыя свидѣтельствуютъ объ ихъ родствѣ и принадлежности къ одному высшему цѣлому. Въ первобытныя эпохи эти начала существуютъ какъ бы въ зародышѣ, подавленныя преобладающимъ значеніемъ особеннаго и своеобразнаго; они проявляются лишь постепенно, по мѣрѣ дальнѣйшаго развитія. То время, когда оба элемента приходятъ въ состояніе полнаго равновѣсія, можетъ считаться эпохой истиннаго развитія народа [3]).— Это совмѣщеніе индивидуальныхъ и общихъ началъ Пухта находитъ и въ исторіи права. Подмѣтивъ его впервые въ правѣ римскомъ, онъ обобщилъ его затѣмъ до значенія необходимаго

---

[1]) Ibid. Кар. II, § 11.
[2]) Gewohnheitsr., I, S. 39.
[3]) Instit. § 83.

историческаго явленія. Право каждаго народа,—не разъ повторялъ онъ въ своихъ сочиненіяхъ [1])—, подвергается вліянію общихъ началъ, смягчающихъ его своеобразность. Для каждаго народа приходитъ время, когда онъ, разрывая рамки національнаго сознанія, открываетъ доступъ общимъ воззрѣніямъ и началамъ [2]). У различныхъ народовъ это явленіе принимаетъ и различную форму. У римлянъ оно сказывается въ противоположеніи jus civile и jus gentium, у германскихъ народовъ — въ фактѣ рецепціи римскаго права [3]). Jus gentium, разъясняетъ Пухта, не было правомъ какого-либо опредѣленнаго народа; оно создалось изъ взаимодѣйствія римскихъ началъ съ иностранными. Примѣняясь безразлично ко всѣмъ иностранцамъ, жившимъ въ Римѣ, оно не имѣло опредѣленной національной основы [4]).

На ряду съ національнымъ происхожденіемъ права, Пухта допускаетъ здѣсь взаимодѣйствіе отдѣльныхъ народовъ, какъ основу для развитія, выходящаго за предѣлы націи. Возможность такого взаимодѣйствія обусловливается существованіемъ общечеловѣческихъ связей. Отсюда Пухта выводилъ и фактъ рецепціи. Взгляды его по этому предмету не менѣе любопытны.

Предполагая связь между отдѣльными народами, онъ допускалъ, что право, закончивъ свое развитіе у извѣстной націи, можетъ быть воспринято другою, въ качествѣ основы для новаго развитія. Такъ именно случилось съ римскимъ правомъ. Достигнувъ въ Римѣ той степени совершенства, до которой суждено ему было дойти въ древности, оно перешло затѣмъ къ новымъ народамъ, у которыхъ подверглось дальнѣйшему развитію. Процессъ развитія права совершается чрезъ все человѣчество. Каждый народъ есть членъ великой цѣпи, связующей далеко ушедшее начало нашей, эпохи съ ея грядущимъ концомъ [5]).

---

[1]) Instit. § 83 и § 19. Grundzüge des Civilrechts (въ Klein. Civ. Schrift. S. 593). Die Quellen des röm. Rechts (тамъ же S. 617).

[2]) См. статью „Die Quellen des r. R[s]".

[3]) Institut. § 19.

[4]) Instit. § 84.

[5]) Instit. § 9.—Соотвѣтственно съ этимъ, римское право представляется Пухтѣ, какъ всеобщее право цивилизованныхъ націй, какъ достояніе всѣхъ образованныхъ народовъ, котораго примѣненіе не знаетъ границъ (Instit. § 35 и Pandekten,

Очевидно, что Пухта приближался здѣсь къ тѣмъ болѣе широкимъ взглядамъ на исторію, которыя высказывались до него идеалистической философіей. И самъ онъ въ подобномъ представленіи отмѣчалъ результатъ философскаго пониманія исторіи. Онъ говорилъ: юристъ беретъ право въ его обособленности, какъ право того или другаго народа; философъ созерцаетъ права отдѣльныхъ націй, какъ слѣды хода, совершающагося чрезъ все человѣчество. Съ этой точки зрѣнія, права всѣхъ народовъ представляются моментами единаго движенія [1]).

Мнѣ нѣтъ необходимости разъяснять значеніе этихъ выводовъ по отношенію къ естественному праву послѣ того, что было уже сказано въ предшествующей главѣ. Я перейду теперь непосредственно къ разсмотрѣнію опредѣленій Пухты, касающихся положительнаго права. Мы увидимъ, что и здѣсь онъ шелъ по стопамъ Савиньи.

2. Воззрѣнія Пухты на положительное право.

Я указалъ выше причины, заставлявшія Савиньи приписывать народному сознанію о правѣ положительное значеніе. У Пухты было свое основаніе подчеркивать правообразующее значеніе народнаго духа: я разумѣю здѣсь его стремленіе къ возвышенію авторитета обычнаго права. Вынужденный искать для него высшую санкцію, онъ, подобно своему учителю, подчинилъ вопросъ объ юридическомъ значеніи положительныхъ нормъ проблеммѣ ихъ моральнаго оправданія.

Основная мысль, проникающая разсужденія Пухты по данному предмету, состоитъ въ томъ, что сила обычнаго права обусловливается не привычнымъ повтореніемъ извѣстныхъ дѣйствій, а

S. 2). Даже въ Gewohnheitsrecht онъ называлъ римское право всемірнымъ, способнымъ уживаться съ самыми различными національными особенностями (См. I Th., S. 202). Ясно, такимъ образомъ, что объясненіе рецепціи и у Пухты связывалось съ сознательнымъ отступленіемъ отъ націоналистической теоріи (Ср. предшеств. главу, стр. 88, примѣч. 3).

[1]) Instit. § 32.

происхожденіемъ ихъ изъ общенароднаго убѣжденія. Рядъ повторяющихся дѣйствій не порождаетъ извѣстной нормы, а напротивъ, самъ объясняется ея присутствіемъ въ народномъ духѣ [1]). Фактъ обычнаго примѣненія извѣстнаго правила служитъ не основой его бытія, лежащей далѣе и глубже, а лишь средствомъ его распознаванія.

Но если такъ, то каждая норма обычнаго права создалась еще до практики, возникла вмѣстѣ съ народомъ, и прежде чѣмъ въ ней почувствовалась необходимость, существовала изначала (gleich anfangs, по выраженію Пухты), какъ достояніе народнаго духа. Обычай, согласно съ этимъ взглядомъ, является обнаруженіемъ права, возникшаго до него и инымъ путемъ [2]). То, что называется обычнымъ правомъ, представляетъ собою общенародное убѣжденіе «въ его непосредственной и естественной формѣ, такъ что вмѣстѣ съ народомъ дано и обычное право» [3]).—Мы опять встрѣчаемся здѣсь съ утвержденіемъ, что сознаніе народное само по себѣ есть уже право.

Смѣшеніе нравственной санкціи права съ основаніемъ его юридическаго значенія особенно ясно обнаруживается въ слѣдующемъ разсужденіи Пухты: «если обычное право находится въ тѣсной и необходимой связи съ естественнымъ понятіемъ народа и если оно представляетъ результатъ дѣятельности народной...., то вопросъ объ основаніи его дѣйствія не можетъ и возникнуть; ибо на это не можетъ быть никакого иного отвѣта, кромѣ слѣдующаго: обычное право существуетъ и дѣйствуетъ на томъ же основаніи, на которомъ дѣйствуетъ право вообще, на томъ основаніи, на которомъ существуетъ народное убѣжденіе, на томъ, наконецъ, на которомъ существуютъ и народы» [4]).—Изъ этого видно, что вопросъ о формально-юридической основѣ права для Пухты совершенно отпадалъ. Обычное право имѣло для него значеніе, какъ результатъ

---

[1]) Пухта кратко выражаетъ эту мысль такъ: „nicht die Gewohnheit ist das Recht; sie ist nur eine nothwendige Folge desselben, und als solche ein Mittel seiner Erkenntniss“. (См. Gewohnheitsrecht, II Th. S. 151).

[2]) Gewohnheitsrecht II Th., 6, а также 8 и 10.

[3]) Ibid. I Th., S. 181. Ср также Instit. § 10.

[4]) Ibid. SS. 180—181.

дѣятельности народной; никакихъ другихъ условій не требовалось.

Вмѣстѣ съ тѣмъ у Пухты замѣчается стремленіе возвышать значеніе народнаго убѣжденія надъ государственнымъ началомъ. По его словамъ, государство не создаетъ права: оно само имѣетъ свое основаніе въ той общей волѣ народной, въ которой изначала воплощается правосознаніе [1]). Народный духъ порождаетъ и государство, и право, соединяя членовъ народа въ (общей) волѣ подчиняться власти, какъ органу права. Государство, такимъ образомъ, уже предполагаетъ правосознаніе, охранять которое является его главной задачей [2]). Въ этомъ смыслѣ Пухта и называетъ право прирожденнымъ человѣку (eingeborenes, von der Natur eingepflanztes Recht) [3]).

Замѣтимъ, однако, что у Пухты мы встрѣчаемъ и серьезныя отклоненія отъ этой точки зрѣнія, которая была столь свойственна духу его ученія. Такъ, напримѣръ, изъ его теоріи, повидимому, съ неизбѣжностью вытекало признаніе за народнымъ убѣжденіемъ, какъ таковымъ, юридическаго значенія. Но становясь на почву практической дѣйствительности, онъ долженъ допустить, что одно сознаніе о правѣ не обусловливаетъ еще его дѣйствительнаго значенія: реальное бытіе принадлежитъ лишь тому праву, съ предписаніями котораго сообразуются жизненныя отношенія [4]). Для этого требуются государственная организація и охрана, безъ которыхъ право не мыслимо [5]).—Естественно, далѣе, предположить, что государство, беря право подъ свою охрану, можетъ иногда вступать въ конфликтъ съ народнымъ сознаніемъ.

Предусматривая это предположеніе, Пухта замѣчаетъ, что отъ государства, представляющаго собою завершенную форму народа, нельзя ожидать враждебнаго противодѣйствія той основѣ, изъ которой оно беретъ свое начало [6]).—Кажется, не требуется прибавлять, сколь мало это замѣчаніе способно разрѣшить возника-

---

[1]) Gewohnheitsr. I, SS. 142 и 210; II, S. 210.
[2]) Instit. § 11.
[3]) Gewohnheitsr I. S. 160 и II, S. 125.
[4]) Ibid. I, S. 141; Instit. § 11.
[5]) Gewohnheitsr. I, S. 143. Instit, §§ 11 и 29.
[6]) Gewohnheitsr., I, S. 182.

ющія здѣсь недоразумѣнія. Остается неяснымъ, чему же слѣдуетъ отдавать предпочтеніе въ спорныхъ случаяхъ, народному сознанію или государственному началу. Всѣ основы Пухтовой теоріи, повидимому, благопріятствовали первому исходу [1]). Однако, нашъ писатель вполнѣ сознавалъ практическую невозможность ставить законодателя въ зависимость отъ народнаго сознанія. Мы находимъ у него ясное представленіе объ единственномъ практическомъ выходѣ, который въ данномъ случаѣ можетъ быть найденъ. Вотъ что говоритъ онъ по этому поводу въ «Институціяхъ»: «Ожидается, что законодатель дѣйствительно выражаетъ общее убѣжденіе націи, подъ вліяніемъ котораго онъ долженъ находиться... Иногда стремятся, если не обезпечить согласіе, то, по крайней мѣрѣ, затруднить возможность противорѣчій закона съ національными воззрѣніями, при помощи установленія совѣщаній и соглашеній съ членами народа. Но разъ законъ данъ, значеніе его не можетъ зависѣть отъ изслѣдованія дѣйствительнаго согласія его съ народной волей. Подобное изслѣдованіе предполагало бы высшую власть, имѣющую законодательное значеніе; но и для этой власти вновь возникалъ бы тотъ же вопросъ (о ея согласіи съ народомъ). Поэтому, все, что установляется закономъ, издаваемымъ сообразно съ принятымъ порядкомъ, имѣетъ силу права и дѣйствуетъ въ качествѣ общей воли, не вслѣдствіе своего содержанія, а *вслѣдствіе формы своего выраженія*» [2]).

Такимъ образомъ законодательство, въ силу практической необходимости, признается имѣющимъ значеніе, независимо отъ провѣрки его согласія съ народнымъ духомъ. Пухтѣ приходилось въ данномъ случаѣ ограничиться простой фикціей, по которой законъ, изданный надлежащимъ порядкомъ, считается согласнымъ съ общей волей [3]).

Здѣсь мы можемъ закончить разсмотрѣніе взглядовъ Пухты. Анализъ его теоріи, вскрывая двойственность началъ, лежащихъ

---

[1]) Въ особенности слѣдуетъ здѣсь припомнить его настойчивыя утвержденія о томъ, что законъ, какъ и обычай, беретъ свое начало въ народной волѣ.

[2]) Instit. § 14.—Довольно опредѣленно и въ томъ же смыслѣ высказывается Пухта и въ Gewohnheitsrecht (см. Bd. I, S. 145 и 161; Bd. II, S. 201).

[3]) Gewohnheitsr., I, S. 161 и II, S. 201.

въ ея основѣ, даетъ новое доказательство несостоятельности исходныхъ положеній исторической школы. Созданныя въ минуту полемики съ попытками государственнаго вмѣшательства и раціоналистической ломки существующаго, они слишкомъ рѣзко подчеркнули идею самобытнаго и непроизвольнаго развитія права. Объективно-историческое созерцаніе приняло у Савиньи и Пухты характеръ односторонней органической теоріи, исключавшей идею сознательнаго личнаго творчества и приписывавшей правообразованіе безличному народному духу. Дальнѣйшія размышленія обнаружили неправильность этого взгляда и привели самихъ руководителей исторической школы къ сознанію необходимости восполненія его иными началами. Вмѣстѣ съ тѣмъ вновь должны были получить признаніе и критико-философскія стремленія естественнаго права.

Подобно теоріи правообразованія, и опредѣленіе сущности положительнаго права, данное исторической школой, отразило на себѣ основныя стремленія школы и испытало общую судьбу ея односторонняхъ началъ. Исходя изъ желанія возвысить самобытное правообразованіе, Савиньи и Пухта сдѣлали попытку вывести все содержаніе права изъ органическихъ основъ народнаго духа. Но если это было еще возможно по отношенію къ обычному праву, то законодательство далеко не всегда могло служить подтвержденіемъ принятой теоріи. Въ данномъ случаѣ пришлось ограничиться простой фикціей о согласіи его съ народной волей. При той преобладающей роли, которую играетъ законъ въ позднѣйшія эпохи правообразованія, установленіе такой фикціи было, въ сущности, равносильно признанію иныхъ основъ для дѣйствія положительнаго права, чѣмъ санкція народной воли. Ибо какое же значеніе можетъ имѣть эта санкція, если практическая сила закона опредѣляется *одной формой его публикаціи*, безъ отношенія къ его содержанію?

Въ позднѣйшихъ произведеніяхъ школы, какъ я старался это отмѣтить, ея отправныя положенія подверглись значительнымъ ограниченіямъ. Уже эта самокритика корифеевъ исторической юриспруденціи свидѣтельствовала о необходимости реформъ въ ихъ первоначальной теоріи. Но по странной косности мысли, послѣдователи Савиньи и Пухты продолжали повторять

узкія формулы изъ ихъ прежнихъ сочиненій, не обращая вниманія на ихъ позднѣйшіе взгляды. Много времени прошло, пока блестящему таланту Іеринга и критическому анализу юристовъ нашей эпохи удалось окончательно искоренить старыя заблужденія исторической школы. Однако, за этотъ промежуточный періодъ критическая мысль не оставалась безплодной. Здѣсь были подготовлены сѣмена дальнѣйшаго развитія. Краткой характеристикѣ этого подготовительнаго періода посвящена слѣдующая глава.

C. Судьба исторической школы въ послѣдующей юриспруденціи.

Оставляя въ сторонѣ тѣхъ приверженцевъ школы, которые вѣрно хранили ея традиціи, не подвергая ихъ критической провѣркѣ, обратимся къ изученію юристовъ, своимъ анализомъ способствовавшихъ дальнѣйшему развитію воззрѣній Савиньи и Пухты. Главное вниманіе наше должно быть удѣлено, конечно, Іерингу, пересоздавшему прежнюю теорію правообразованія, и современнымъ юристамъ, стремящимся окончательно порвать съ шаткостью прежнихъ опредѣленій положительнаго права. Но предварительно я долженъ, хотя бы въ краткомъ очеркѣ, характеризовать промежуточныя звенья и подготовительныя теченія. Въ обоихъ указанныхъ направленіяхъ прогрессъ мысли совершился постепенно.

ГЛАВА VI.

Критики исторической школы. Подготовленіе новыхъ воззрѣній[1]).

Реформа, произведенная исторической школой въ философскихъ понятіяхъ юристовъ, должна была оставить прочные и неизгладимые слѣды. Идея закономѣрнаго развитія права стала незыблемымъ достояніемъ юриспруденціи. Но способъ выраженія этой идеи у Савиньи и Пухты подлежалъ дальнѣйшей критикѣ.

[1]) Нѣкоторыя данныя для ознакомленія съ предметомъ настоящей главы можно найти у слѣдующихъ писателей: Карасевичъ, Гражданское обычное право Франціи. М. 1875. Стр. 24 слл.—Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen. 1872. S. 28 ff.—Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum (въ Archiv für die civil. Praxis. Bd. LXVI. 1883. S. 436 ff.).—Муромцевъ, Очерки гражд. пр. Стр. 235.

Точно также нуждалось въ усовершенствованіи и ихъ воззрѣніе на природу положительнаго права, стоявшее въ столь тѣсной связи съ ихъ теоріей правообразованія. Когда односторонніе политическія тенденціи перестали оказывать свое вліяніе на формулы исторической школы, спокойный научный анализъ долженъ былъ вскрыть всѣ ея заблужденія.

Соотвѣтственно двумъ основнымъ пунктамъ, около которыхъ мы сгруппировали ученія историческихъ юристовъ, естественно будетъ разбить на двѣ части и нижеслѣдующій очеркъ. Я начну съ разсмотрѣнія критическихъ замѣчаній противъ теоріи Савиньи объ органическомъ и національномъ характерѣ правообразованія, чтобы перейти затѣмъ къ обзору поправокъ, внесенныхъ въ его опредѣленіе положительнаго права.

§ 1. Критика взглядовъ исторической школы на правообразованіе.

Первыя серьезныя возраженія были сдѣланы историческимъ юристамъ со стороны гегельянской школы. Этихъ возраженій легко было ожидать. Если Савиньи и полагалъ въ основу своихъ взглядовъ ту же идею развитія, которая являлась и душою Гегелевой философіи, то понималъ онъ ее—по крайней мѣрѣ, первоначально—совершенно иначе. Для Гегеля развитіе представлялось тяжелой и безконечной внутренней борьбой [1]), для Савиньи—безмятежнымъ органическимъ самораскрытіемъ. По ученію перваго, прогрессъ совершается чрезъ противорѣчія, и настоящее утверждается на развалинахъ прошлаго; по теоріи второго, каждая эпоха создаетъ свой міръ въ неразрывной органической связи съ прошлымъ. Это послѣднее утвержденіе и послужило главнымъ пунктомъ для нападеній противниковъ изъ лагеря гегельянцевъ.

Прошло десять лѣтъ со времени изданія знаменитой брошюры Савиньи, столь авторитетно провозгласившей новыя воззрѣнія, когда Эдуардъ Гансъ выступилъ противъ исторической школы, коей гегемонія уже начинала утверждаться въ юриспруденціи [2]).

---

[1]) См. выше, стр. 63—64.

[2]) См. его сочиненіе „Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung“ von

Его замѣчанія были тѣмъ болѣе вѣски, что они затрогивали самыя слабыя стороны критикуемой доктрины[1]).—Предметомъ своей критики Гансъ избралъ ту программу исторической школы, которой Савиньи открывалъ основанный имъ въ 1815 г. журналъ. Сущность не-историческаго воззрѣнія сводилась здѣсь къ положенію, что каждая эпоха свободно и произвольно создаетъ свой міръ, въ исключительной зависимости отъ своего разумѣнія и силъ. Этому воззрѣнію противопоставлялось органическое пониманіе исторіи, которое разсматриваетъ настоящее въ неразрывной связи съ прошлымъ. Гансъ увидѣлъ въ этихъ утвержденіяхъ отрицаніе сознательныхъ усилій, направленныхъ на удовлетвореніе задачъ настоящаго, и несправедливое превознесеніе прошлаго. Все, что создается въ извѣстную эпоху, возражаетъ онъ Савиньи, есть продуктъ ея разумѣнія и силъ. Въ этомъ и состоитъ право и значеніе настоящаго, что прошлое является для него безвозвратно мертвымъ. Поэтому, свободное, несвязанное никакимъ прошлымъ движеніе не представляетъ изъ себя неразумнаго произвола [2]). Гансъ не хочетъ, однако, этимъ сказать, чтобы различные историческіе моменты не стояли между собою въ связи и чтобы творчество отдѣльныхъ эпохъ было случайнымъ. Какъ гегельянецъ, онъ видитъ въ исторіи раскрытіе божественнаго разума, являющагося объединяющей основой прогрессивнаго развитія. Разумѣніе и силы каждой эпохи представляются ему лишь органами этого высшаго разума. Прошлое умираетъ для настоящаго; но не умираетъ эта божественная субстанція, которая одинаково живетъ и дѣйствуетъ въ нихъ обоихъ [3]). Природѣ прогрессивнаго движенія соотвѣтствуетъ, что движущееся въ каждый моментъ принимаетъ новую форму [4]). Поэтому если въ каждую данную эпоху и живетъ все прошлое, то въ новой фазѣ развитія [5]).

Ed. Gans. Berlin, 1824. Bd. I, Vorrede. Ср. также другое сочиненіе Ганса: „System des römisch. Civilrechts“. Berlin 1827. S. 155 ff.

[1]) Hölder не безъ основанія называетъ Ганса крупнѣйшимъ критикомъ Савиньи и соглашается съ главнымъ пунктомъ его возраженій. (См. его брошюру „Savigny und Feuerbach“. Berlin 1881. S. 27).

[2]) Das Erbrecht... Bd. I, S XII.

[3]) Ibid. S. XIII.

[4]) S. XXXIV.

[5]) S. XXV.

Ознакомившись съ доктриной Савиньи, мы можемъ опредѣлить, что́ въ замѣчаніяхъ Ганса было справедливаго и что́ слѣдуетъ отнести на долю полемическихъ преувеличеній. Мы уже знаемъ, что Савиньи вовсе не проповѣдывалъ застоя [1]). Въ той самой статьѣ, на которую нападалъ его критикъ, онъ самъ съ осужденіемъ говорилъ о «слѣпомъ превознесеніи прошлаго, которое парализуетъ силы настоящаго» [2]). Но Гансъ былъ правъ, упрекая Савиньи въ отрицаніи сознательныхъ личныхъ усилій, направленныхъ къ улучшенію существующаго. Когда онъ утверждалъ, что историческая школа не признаетъ свободы, какъ kräftiges Wollen, и не вводитъ въ понятіе необходимости идеи подчиненія разуму, превращая, такимъ образомъ, это понятіе въ слѣпую и внѣшнюю причинность [3]), онъ вѣрно отмѣчалъ слабые пункты органической теоріи. Онъ справедливо также указывалъ на свойственную Савиньи боязнь историческихъ коллизій (die Furcht vor mannhaften und festen Collisionen) [4]).

Здѣсь сказывается преимущество гегельянской точки зрѣнія, гораздо болѣе близкой къ дѣйствительности, чѣмъ теорія Савиньи, опирающаяся на идиллическое представленіе о мирномъ и безмятежномъ развитіи, какимъ оно никогда не бываетъ въ исторіи. Своимъ требованіемъ «свободнаго, несвязаннаго никакимъ прошлымъ движенія» Гансъ осуждалъ, какъ органическую теорію, такъ и практическія ея послѣдствія. Въ этомъ отношеніи онъ явился предшественникомъ Іеринга, страстная критика котораго навсегда покончила съ остатками органическаго воззрѣнія, смягченнаго подъ конецъ и самими его провозвѣстниками [5]).

---

[1]) Ср. выше, стр. 90.

[2]) Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. I, S. 10.

[3]) „Das Erbrecht...“ S. XIV.

[4]) System des röm. Civilrechts. S. 155.—Гансъ и въ этомъ сочиненіи заходитъ слишкомъ далеко, опредѣляя существо исторической школы, какъ „die Sehnsucht allen gegenwärtigen Inhalt zu vergessen und sich... in die Vergangenheit zurückzuverlegen“ (SS. 156—157).

[5]) Въ области спеціальнаго изученія юридическихъ институтовъ отрѣшеніе отъ органической теоріи Савиньи выразилось въ стремленіи къ болѣе непосредственной связи науки съ жизнью. Кунце отмѣтилъ этотъ поворотъ въ изслѣдованіи права въ пятидесятыхъ годахъ. („Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft“. Leipzig

Другой пунктъ, въ которомъ Гансъ расходится съ исторической школой состоитъ въ томъ, что основнымъ двигателемъ развитія онъ считаетъ не національный духъ, а общій божественный разумъ. Отдѣльные народные духи служатъ лишь частными моментами его выраженія. Все міровое развитіе представляетъ одно цѣлое, отдѣльныя проявленія котораго только и могутъ быть поняты въ общей связи. На этомъ основываетъ Гансъ и значеніе всемірной исторіи права, въ которой каждый народъ получаетъ соотвѣтствующее ему мѣсто.—И въ данномъ случаѣ гегельянская школа выступала съ утвержденіями, которымъ принадлежало будущее. Идея всеобщей исторіи заключала въ себѣ справедливый протестъ противъ націоналистической теоріи Савиньи. Одностороннее изученіе какого-либо отдѣльнаго права, безъ связи съ другими, съ точки зрѣнія этой идеи, признавалось недостаточнымъ и неполнымъ. Мысль Ганса, которую и самъ онъ старался осуществить въ сочиненіи «Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung», нашла впослѣдствіи воплощеніе въ сравнительно-историческомъ изученіи права.

Вообще гегельянская школа, со своимъ философскимъ пониманіемъ исторіи и права, являлась цѣннымъ противовѣсомъ противъ мелочныхъ историко-юридическихъ изысканій, къ которымъ склонны были иные послѣдователи Савиньи. Ея метода возведенія

1856. SS. 4 ff. и 11); но о необходимости практической постановки науки и о заблужденіяхъ историко-юридической методы говорилъ еще Hasse въ 1827 году (см. Rheinisches Museum. Bonn, 1827. SS. 66—67).—Къ требованію практическаго изученія права и къ обвиненію историческихъ юристовъ въ безусловномъ предпочтеніи прошлаго сводится и сущность выводовъ Seitz'a, который съ такой неутомимостью продолжаетъ свою борьбу со школой Савиньи. Чтобы не возвращаться болѣе къ этому писателю, замѣчу здѣсь же, что оцѣнка его сочиненій, очень сомнительныхъ по своему научному достоинству, уже сдѣлана въ рецензіяхъ Штинцинга и Беккера (см. Kritische Viertelj. 1860. Bd. II, S. 590 ff. и 1865. Bd. VII, S. 464 ff.): оба критика совѣтовали Зейцу обратиться къ болѣе легкимъ и конкретнымъ темамъ. Новый объемистый трудъ его, вышедшій въ 1895 г. подъ заглавіемъ „Die praktische Rechtschule im Entwicklungskampfe mit den bisherigen doktrinären, historischen und Natur-Rechtsschulen“ (XL+652) и представляющій переработку его прежняго небольшого сочиненія: „Das praktische Bedürfniss der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule (Erlangen 1865), не производитъ вцечатлѣнія, болѣе выгоднаго для автора.

фактовъ къ высшимъ идеямъ удачно совмѣщала въ себѣ пріемы естественно-правовой философіи съ задачами исторической школы, отысканіе общихъ началъ съ конкретнымъ фактическимъ изслѣдованіемъ [1]). Если собственныя работы гегельянцевъ не вполнѣ удовлетворяли строгимъ научнымъ требованіямъ, то во всякомъ случаѣ провозглашенные ими принципы должны были оказаться плодотворными. Сами руководители исторической школы признали важность философской методы. Впослѣдствіи Іерингъ пониманіе общей природы права объявилъ необходимымъ условіемъ каждаго конкретнаго историческаго изученія [2]). И въ этомъ пунктѣ онъ былъ выразителемъ тѣхъ самыхъ началъ, отъ которыхъ исходила гегельянская философія [3]).

---

[1]) Въ русской литературѣ это было уже отмѣчено Муромцевымъ (Рецепція римскаго права на западѣ. М. 1886. Стр. 143—144).

[2]) См. Geist des röm. Rechts. Bd. I, S. 23—24 (IV Aufl.).

[3]) Лишь краткаго упоминанія заслуживаетъ сочиненіе Густава Ленца, который считалъ себя ученикомъ Ганса, но скорѣе долженъ быть причисленъ къ ученикамъ Вольфа. Въ 1854 г. онъ выступилъ съ крайне претенціозной книгой подъ заглавіемъ: „Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts. — Eine Kritik der historischen Schule“, надѣясь примирить естественно-правовую школу съ исторической и произвесть революцію въ области гражданскаго права (по его собственному, не совсѣмъ скромному признанію). О способѣ этого примиренія можно судить изъ слѣдующей формулы автора: право, какъ учила философская школа прошлаго вѣка, абсолютно; согласно съ ученіемъ исторической школы, оно, однако, возникло въ исторіи (geschichtlich entstanden); но это возникновеніе могло имѣть мѣсто лишь въ такомъ соединеніи людей, которое не было народомъ. Такимъ абсолютнымъ правомъ было право римское (S. 35). У различныхъ народовъ были свои національныя права; но единое, абсолютное и вѣчное право было только у римлянъ, которые не были народомъ (S. 82). Не представляя изъ себя естественно-органическаго цѣлаго, они были связаны лишь юридико-политической связью SS. 106 ff, 120, 193). Римъ былъ, такимъ образомъ, нѣчто sui generis, — „городъ всѣхъ временъ“ съ космополитической миссіей. Выработанное имъ право сдѣлалось jus gentium, das Weltrecht. Это — „настоящее невымышленное естественное право, имѣющее значеніе для всѣхъ вѣковъ“ (S. 200). На этомъ основанъ и практическій выводъ Ленца: римское право во всѣхъ своихъ частяхъ должно сохранить исключительное значеніе, какъ принципіальная основа правового оборота (S. 259).—Какъ можно видѣть изъ нашей краткой характеристики, книга Ленца представляетъ, въ сущности, возвратъ къ представленіямъ XVIII в. Въ свое время она вызвала краткую, но рѣшительную отповѣдь со стороны Брунса (Lit. Centralblatt. 1854. Nr. 10), который нашелъ у рецензируемаго ав-

Вслѣдъ за Гансомъ, на ученіе исторической школы о происхожденіи права сдѣланы были нападки и съ другой стороны. Сначала Унтергольцнеръ [1]), а затѣмъ Мюленбрухъ [2]) и Кирульфъ [3]) справедливо указали на то, что правообразованіе не совершается необходимо на почвѣ общаго національнаго сознанія, что оно возможно и въ предѣлахъ болѣе тѣснаго общенія, связаннаго единствомъ жизненныхъ и юридическихъ отношеній.

Имѣя въ виду развитіе права въ предѣлахъ отдѣльныхъ народовъ, теорія національнаго духа неспособна была объяснить явленій, имѣющихъ мѣсто на болѣе широкомъ или болѣе узкомъ пространствѣ исторіи, — тамъ, гдѣ происходитъ взаимодѣйствіе нѣсколькихъ народовъ или гдѣ органомъ правообразованія является лишь извѣстная часть народа, съ ея особыми интересами, отличными отъ національныхъ. Указанные писатели основательно возстали противъ односторонняго стремленія пріурочить образованіе юридическихъ нормъ къ національному началу [4]). Кирульфъ далъ болѣе общее опредѣленіе, сказавъ, что обычное право возникаетъ въ предѣлахъ извѣстнаго круга людей [5]).

Разсуждая далѣе въ этомъ направленіи, естественно было прійти къ заключенію, что обособляющимъ факторомъ правообразованія, объясняющимъ различіе отдѣльныхъ положительныхъ правъ, явля-

---

тора „eine Art Paroxysmus“. (Рецензія Брунса перепечатана въ его Kleinere Schriften. Bd. II. SS. 331—332).

[1]) См. его критику перв. тома „Обычн. права“ Пухты (Krit. Zeitschr. für Rechtsw. 1829. Bd. V.).

[2]) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand.-Rechts. IV. Aufl. I. S. 102 (первое изд. 1835 г.).

[3]) Kierulff, Theorie des gemein. Civilrechts. Altona 1839. Bd. I, S. 11.

[4]) И Пухта (Gewohnheitsr. I, S. 219 ff), и Савиньи (System, SS. 19 — 20) допускали, конечно, существованіе мѣстныхъ и партикулярныхъ обычаевъ; но какъ это ясно выражаетъ Пухта, въ этихъ частныхъ обычаяхъ продолжаетъ дѣйствовать національная связь (l. c. S. 220).

[5]) Изъ послѣдующихъ болѣе видныхъ представителей этого взгляда отмѣчу Регельсбергера, который говоритъ объ этомъ въ спеціальной статьѣ: „Das Subject der Rechtsbildung“ (Krit Viertelj. 1862. Bd. IV, SS. 342 ff.). Въ настоящее время это мнѣніе является господствующимъ. Какъ справедливо утверждаютъ теперь, общенаціональныхъ обычаевъ сравнительно немного, да и они вырабатываются постепенно изъ мѣстныхъ.

ются не національныя особенности, или, по крайней мѣрѣ, не онѣ однѣ, а болѣе конкретное начало общественныхъ потребностей, характеръ которыхъ отражается соотвѣтствующимъ образомъ на строеніи юридическихъ институтовъ. Эту мысль развилъ позднѣе Іерингъ, въ особенности въ «Kampf um's Recht» (1872) и «Zweck im Recht» (1877). Но еще въ пятидесятыхъ годахъ эта точка зрѣнія намѣчается и у самого Іеринга [1]), и у другихъ писателей, какъ, напримѣръ, у Рюкерта [2]) и Данквардта [3]). Къ двумъ послѣднимъ ученымъ присоединились вскорѣ (въ 1863 г.) Людерсъ [4]) и Гарумъ [5]). Такимъ образомъ постепенно утверждалась идея, что право представляетъ собою не логическій продуктъ національнаго духа, а отраженіе реальныхъ потребностей жизни. Изъ всѣхъ названныхъ здѣсь писателей я остановлюсь болѣе подробно лишь на Гарумѣ, который, на ряду съ Гансомъ, долженъ быть причисленъ къ наиболѣе крупнымъ критикамъ, какихъ имѣлъ Савиньи до Іеринга [6]). Мы находимъ у него полное отреченіе отъ тѣхъ идей, которыя являлись первоначально характерными особенностями исторической школы.

---

[1]) Въ „Духѣ римск. права“ (перв. изд. перв. тома 1852 г.). Объ этомъ см. ниже, глав. VII.

[2]) Rückert, Begriff des gemein. deutsch. Privatrechts. Erlangen 1857.

[3]) Dankwardt, National-oekonomie und Jurisprudenz. Rostock 1857—1859. — Въ 1862 г. Данквартъ издалъ и другое сочиненіе въ томъ же духѣ, подъ заглавіемъ: „National-oekonomisch-civilistische Studien“.

[4]) Lüders, Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung. 1863 Kiel. — Для насъ въ этомъ сочиненіи особенно интересна вторая глава, касающаяся вопроса о происхожденіи обычн. права. Ссылки на Рюккерта и Данквардта см. на стрр. 29—30. Интересно, что Людерсъ приводитъ попытку Рюкерта въ связь съ гегелевой философіей. — О недостаткахъ воззрѣній Р. и Д. см. у Людерса. Ср. также Муромцевъ, Рецепція римск. пр. Стрр. 144—145.

[5]) Harum, Von der Entstehung des Rechts. Innsbruck 1863. — Гарумъ также цитируетъ Рюкерта.

[6]) Я говорю здѣсь до Іеринга, такъ какъ идеи Гарума сложились независимо отъ вліянія знаменитаго юриста и прежде чѣмъ этотъ послѣдній выступилъ съ рѣшительной оппозиціей противъ исторической школы (во втор. изданіи I. т. „Духа римск. пр.“ 1865 и въ „Борьбѣ за право“ 1872 г.). Гарумъ ни однимъ словомъ не упоминаетъ о Іерингѣ, къ которому онъ весьма близко подходитъ по своимъ взглядамъ, и говоритъ о теоріи Савиньи и Пухты, какъ о господствующей.

Прежде всего, Гарумъ отрицаетъ теорію національнаго происхожденія права. По его мнѣнію, школа Савиньи очень преувеличила значеніе національнаго элемента, выставивъ его единственной основой правообразованія. Вмѣстѣ съ тѣмъ, она просмотрѣла дѣйствительную основу права, какою являются общественныя потребности [1]). Онѣ могутъ быть одинаковыми у различныхъ народовъ и различными у отдѣльныхъ частей одного и того же народа. Отсюда объясняются какъ партикулярныя права, такъ и факты рецепціи, совершенно непонятные съ точки зрѣнія націоналистической теоріи.

Усвоивъ этотъ новый взглядъ, Гарумъ естественно пришелъ и къ отрицанію органическаго ученія, столь тѣсно связаннаго съ идеей самораскрытія народнаго духа. Въ противоположность Савиньи и Пухтѣ, которые все приписывали дѣйствію таинственныхъ органическихъ силъ и вѣрили въ возможность непосредственнаго произростанія права на древѣ народной жизни, Гарумъ защищаетъ воззрѣніе болѣе реальное. Господствующая въ народѣ воля, являющаяся источникомъ права, образуется, по его мнѣнію, изъ взаимодѣйствія реально-существующихъ воль, т. е. воль индивидуальныхъ. Вступая въ различныя сочетанія между собою, онѣ могутъ то усиливать, то ослаблять одна другую. Путемъ такихъ сочетаній возникаетъ воля господствующая, которая становится общей и подчиняетъ себѣ всѣ частныя [2]).—Нельзя не отмѣтить въ этихъ утвержденіяхъ намековъ на идею борьбы за право, нѣсколько лѣтъ спустя съ такимъ талантомъ высказанную Іерингомъ.

Гарумъ называетъ свое воззрѣніе механическимъ, въ отличіе отъ органической теоріи Савиньи. Однако, замѣчаетъ онъ, это новое воззрѣніе нисколько не ставитъ возникновенія права на почву произвола, подобно ученіямъ XVIII вѣка. Отдѣльныя лица не каждое свое желаніе могутъ возвысить до значенія общей нормы. Опредѣляющимъ факторомъ является здѣсь наличность въ обществѣ извѣстныхъ потребностей, которыя инстинктивно имъ ощущаются. Отъ этого зависитъ превращеніе тѣхъ или другихъ желаній

---

[1]) Von der Entst. des Rechts. S. 7.
[2]) Ibid. S. 19.

въ юридическія нормы. Та воля, которая не соотвѣтствуетъ потребностямъ, вытекающимъ изъ данныхъ отношеній, едва ли можетъ сдѣлаться общей. Право, установляемое господствующей волей, болѣе подвержено внезапнымъ измѣненіямъ, чѣмъ обычное; но и оно не является продуктомъ чистаго произвола. Господствующая воля не можетъ отрѣшиться, — по крайней мѣрѣ, на болѣе продолжительное время, — отъ извѣстныхъ вліяній. Она покоится не на одной физической силѣ, но и на потребности общества въ подчиненіи высшей власти, которая, не подкапывая своей почвы, не можетъ становиться въ противорѣчіе съ природой соотвѣтствующихъ отношеній [1]). Такимъ образомъ, думаетъ Гарумъ, и отказавшись отъ органической теоріи, мы не выбрасываемъ факторовъ устойчивости и закономѣрности правообразованія. Но за то мы избѣгаемъ крайности, которая все право выводитъ изъ внутренней необходимости, связывая ее исключительно съ національнымъ моментомъ, и которая даже въ отдѣльныхъ юридическихъ положеніяхъ отрицаетъ вліяніе субъективныхъ воззрѣній и желаній правителей.

Таковы были взгляды, противопоставленные Гарумомъ оптимистической теоріи Савиньи. Опредѣленность и ясность его утвержденій, ихъ несомнѣнная близость къ явленіямъ дѣйствительности, удачное формулированіе недостатковъ исторической школы даютъ ему право на признательное упоминаніе среди предшественниковъ Іеринга. Прибавлю здѣсь, что и погрѣшности историческихъ юристовъ въ опредѣленіи положительнаго права не были оставлены имъ безъ возраженій. Реалистическая точка зрѣнія сказывается у него въ стремленіи подчеркивать значеніе внѣшняго господства юридическихъ нормъ, въ качествѣ необходимаго свойства ихъ положительнаго характера [2]). Поэтому и въ отношеніи къ обычному праву онъ выдвигаетъ моментъ повторенія (Uebung), которое, по теоріи исторической школы, было лишь средствомъ распознаванія обычныхъ нормъ. Но здѣсь мы переходимъ къ другому ряду возраженій, которыя сдѣланы были противъ доктрины Савиньи. Разсмотрѣніемъ ихъ я заключу настоящую главу.

[1]) Ibid. S. 20.

[2]) Ibid. SS. 5,9,22.

§ 2. Критика теоріи народнаго убѣжденія, какъ источника положительнаго характера права.

Еще первые критики исторической школы, какъ Унтергольцнеръ, Мюленбрухъ и Кирульфъ подвергли сомнѣнію идею непосредственнаго юридическаго значенія народнаго сознанія, указавъ на важность момента фактическаго примѣненія (Uebung) для образованія нормъ обычнаго права [1]). Въ позднѣйшемъ своемъ произведеніи и Савиньи, отступая отъ Пухты, призналлъ правообразующую силу практики и отмѣтилъ въ ней, по крайней мѣрѣ, для нѣкоторыхъ случаевъ, самостоятельный источникъ юридическихъ нормъ [2]). Дальнѣйшее развитіе науки по данному вопросу все болѣе утверждало мысль о важности внѣшняго момента обычнаго права. Въ этомъ отношеніи послѣдующіе юристы единогласно покинули старое положеніе историческихъ юристовъ, съ особенной рѣзкостью выраженное у Пухты, будто бы народное убѣжденіе, помимо практики и ранѣе ея, заключаетъ въ себѣ готовыя юридическія нормы, ожидающія своего примѣненія [3]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ все болѣе распространялось мнѣніе, что народное сознаніе, о которомъ говорили Савиньи и Пухта, объясняетъ развѣ только *содержаніе* правовыхъ институтовъ, но никакъ не ихъ юридическое значеніе (Geltung). Еще Шталь пытался въ этомъ именно смыслѣ истолковать ученіе самихъ основателей исторической школы [4]); но его попытка скорѣе могла отмѣтить одно изъ больныхъ мѣстъ ихъ доктрины. Позднѣе Рейнгольдъ

---

[1]) Сочиненія этихъ писателей указаны выше, стр. 122.

[2]) System, I, SS. 35—37. Савиньи имѣлъ въ виду нормы, установляющія давностные сроки, внѣшнія формы сдѣлокъ и т. п.

[3]) Ср. объ этомъ Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen. S. 34. Nr. 1 и Zitelmann, Gewohnheitsr. u. Irrth. S. 437.—У названныхъ писателей можно найти всѣ необходимыя подробности относительно попытокъ усовершенствованія теоріи Савиньи и Пухты въ указанномъ направленіи.

[4]) Phil. des Rechts, II, 1, S. 240 (IVAufl).

Шмидъ на этомъ построилъ свою критику исторической школы. Обвиняя ея руководителей въ «смѣшеніи формальной и матеріальной основы происхожденія права», онъ замѣчалъ, что духъ народный, опредѣляетъ, конечно, содержаніе права, но не положительный характеръ его, для котораго нужны извѣстныя формальныя условія [1]). Въ томъ же смыслѣ высказывались Эрнстъ Мейеръ [2]), Людерсъ [3]) и съ особенной рѣшительностью—Брунсъ [4]). Послѣдній изъ названныхъ писателей, съ свойственной ему ясностью взгляда, указалъ всю несостоятельность теоріи, выводившей право изъ народнаго сознанія. Могутъ быть случаи, говорилъ онъ, когда законодатель является не носителемъ народнаго духа, а завоевателемъ и узурпаторомъ, издающимъ законы, совершенно противорѣчащіе народному правосознанію. Сводить и эти законы къ убѣжденію народа, на томъ основаніи, что онъ терпитъ чуждое ему право, было бы пустой и недостойной софистикой [5]). Въ этомъ обнаруживается главный недостатокъ всего созерцанія, смѣшивающаго происхожденіе содержанія юридическихъ положеній съ обоснованіемъ ихъ внѣшняго, формальнаго значенія и объявляющаго народное правосознаніе, какъ таковое, за дѣйствительное право. Пухта опредѣляетъ право, какъ «общее убѣжденіе лицъ, находящихся въ юридическомъ общеніи» и видитъ, поэтому, въ законѣ и обычаѣ средства распознаванія, а не формы происхожденія права. Но при этомъ упускается изъ

---

[1]) Reinhold Schmid, „Theorie und Methodik des bürgerl. Rechts“ 1848. г. См. въ особен. S. 224. Ср. также S. 198 ff. Тѣ же взгляды были выражены Шмидомъ еще въ 1844 г. въ Richter's Krit. Jahrb.

[2]) Ernst Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche. Berlin 1861. S. 17 fl.

[3]) Lüders, Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung. Kiel 1863. S. 38.

[4]) Holtzendorff's Encyclopädie (I Aufl. 1870; V Aufl. Leipzig 1890), Das heutige röm. Recht. § 5. Изъ предшествующихъ ссылокъ можно видѣть, что Брунсъ, вопреки утвержденію Бергбома (S. 503, Note 30), былъ не первымъ, съ опредѣленностью высказавшимся за необходимость различенія формальнаго и матеріальнаго моментовъ въ правѣ. До него не менѣе опредѣленно требовалъ этого еще Р. Шмидъ.

[5]) Ранѣе Бруса Безелеръ доказывалъ, что законъ и юриспруденція не служатъ непремѣннымъ отраженіемъ народнаго духа (Volksrecht u. Juristenrecht. 1843), но только для того, чтобы еще болѣе возвысить значеніе народнаго права, въ ущербъ другимъ источникамъ правообразованія.

вида, что сознаніе и убѣжденіе представляютъ собою лишь субъективныя внутреннія состоянія отдѣльныхъ лицъ, какъ таковыхъ, и что объективное право должно имѣть и объективное бытіе, возвышающее его надъ индивидуумами. Оно должно обладать общеобязательнымъ значеніемъ и быть силой дѣйствительно господствующей. Такая сила сообщается ему закономъ или обычаемъ [1]).

Какъ видно изъ этихъ замѣчаній, Брунсъ вполнѣ опредѣленно сознавалъ недостатки ученія о положительномъ правѣ, выставленнаго исторической школой. Въ частности, въ отношеніи къ праву обычному онъ очень вѣрно указывалъ, что Савиньи и Пухта, въ сущности, уничтожили понятіе обычая, предполагая присутствіе соотвѣтствующихъ нормъ въ народномъ духѣ уже до обычной практики [2]).—Слѣдуетъ, однако, сказать, что у Брунса еще чувствуется вліяніе старой точки зрѣнія тамъ, гдѣ онъ говоритъ о значеніи національнаго чувства. Странно встрѣчать у него утвержденія, въ родѣ слѣдующаго: «обычай не имѣетъ за собой никакой другой силы, кромѣ идеальной силы національности». Рядомъ съ этимъ, у него можно найти и отзвуки воззрѣній еще болѣе старыхъ, когда онъ утверждаетъ, что формальную принудительную силу обычное право получаетъ вслѣдствіе признанія и охраны его государствомъ. Къ послѣднему мнѣнію, представляющему возвратъ къ точкѣ зрѣнія XVIII вѣка, склонялись также Р. Шмидъ [3]) и Э. Мейеръ [4]) и притомъ гораздо болѣе, чѣмъ Брунсъ, у котораго замѣчаются и слѣды другихъ взглядовъ. Но историческая школа имѣла во всякомъ случаѣ ту заслугу, что обнаружила несостоятельность ученія, искавшаго опоры для обычнаго права въ законодательномъ признаніи. Послѣ Савиньи и Пухты ученіе это могло сохраниться развѣ лишь въ томъ крайне смягченномъ выраженіи, какое далъ ему Шталь, сказавъ, что «законодатель является отрицательной основой обычнаго права,

---

[1]) Ibid. § 5.

[2]) Ibid. § 7.

[3]) Theorie u. Methodik... „die Staatsgewalt ist die einzig mögliche Quelle alles Rechts“ (S. 236).

[4]) Die Rechtsbildung... S. 23.

поскольку онъ допускаетъ его, будучи въ состояніи его запретить» [1]). Отвергнувъ теорію народнаго сознанія, какъ источника положительной силы обычнаго права, приходилось искать болѣе надежной замѣны ея, чѣмъ доктрина XVIII вѣка. Стремленіе критиковъ исторической школы подчеркнуть правообразующую силу практики, при помощи которой укореняются обычаи, открывало уже перспективы для новой постановки вопроса.

Изъ писателей, непосредственно слѣдовавшихъ за Пухтой, еще Шталь говорилъ, что основой дѣйствія обычнаго права является не происхожденіе его, а фактъ его прочнаго существованія (Bestand) [2]). Въ томъ же смыслѣ высказывались послѣ него Кирульфъ, а затѣмъ Брунсъ, очень рѣшительно подчеркивавшій значеніе факта примѣненія [3]). Но у этихъ писателей, какъ и у Шталя, видны и слѣды старыхъ воззрѣній: указывая на практическую силу обычая, они все еще сохраняли остатки прежней теоріи о значеніи народнаго убѣжденія. Едва ли не любопытнѣйшимъ примѣромъ этой двойственности взгляда является знаменитый Виндшейдъ, съ большой ясностью отмѣтившій важность давняго примѣненія нормъ и, однако, основой ихъ юридическаго значенія считающій убѣжденіе въ ихъ правомѣрности, коренящееся въ разумѣ народномъ [4]).

Во всякомъ случаѣ, представленіе Савиньи и Пухты, будто бы можетъ существовать право, не получившее практической реализаціи, дѣйствительное въ силу одного присутствія своего въ народномъ духѣ, было окончательно покинуто уже въ разсматриваемый нами періодъ. «Die nicht geübte Rechtsüberzeugung ist nicht Recht» это положеніе Виндшейда можетъ считаться выраженіемъ взгляда, вскорѣ послѣ Пухты утвердившагося въ юриспруденціи.

---

[1]) Philosophie des Rechts II, 1, S. 238 (IV Aufl.).

[2]) Ibid. II, 1. S. 239.—Первое изданіе книги Шталя вышло въ 1833 г.

[3]) О сходныхъ ученіяхъ Шванерта и Штурма, Гарума и Штинцинга см. у Цительмана, l. c. S. 449 ff.

[4]) Виндшейдъ говоритъ: „Was lange Zeit gewesen ist, erscheint uns *blos deswegen, weil es gewesen ist,* als Recht. (Lehrbuch des Pandektenrechts. § 15, Note 2. Перв. изд. 1862 г.). Съ другой стороны, мы находимъ у него въ томъ же параграфѣ (см. въ текстѣ) признаніе юридическаго убѣжденія и разума народовъ за основу дѣйствія обычнаго права.

Ученіе о положительномъ правѣ, созрѣвающее въ наше время, имѣетъ свои корни въ критической литературѣ той промежуточной эпохи, которую мы только что характеризовали. Съ семидесятыхъ годовъ замѣчаются попытки окончательно выбросить за бортъ теорію народнаго убѣжденія. Въ этомъ смыслѣ уже выработанъ рядъ воззрѣній весьма любопытныхъ. Новыя по своему отрицательному отношенію къ традиціямъ исторической школы, они ведутъ, однако, свою генеалогію отъ Шталя и Кирульфа, Р. Шмида и Брунса.

ГЛАВА VII.

Іерингъ [1]).

1. Общія замѣчанія.

Пятидесятые годы были поворотнымъ пунктомъ въ развитіи нѣмецкой юриспруденціи. Условія, вызвавшія къ жизни историческую школу, отжили свое время. Вмѣстѣ съ ними должна была стать достояніемъ прошлаго и доктрина историческихъ юристовъ, выросшая на почвѣ консервативно-романтическихъ тенденцій начала вѣка. Въ отношеніи къ пониманію исторіи перемѣна взглядовъ выразилась въ томъ, что значеніе личнаго творчества и дѣятельности человѣческой, столь приниженныхъ органической теоріей, вновь получило признаніе въ наукѣ. Въ сущности, это было возвратомъ къ ученію естественнаго права, съ тѣми ограниченіями, однако, которыя вытекали изъ историческаго взгляда,

[1]) Изъ общихъ очерковъ, характеризующихъ взгляды Іеринга, упомяну слѣдующіе: M. de Jonge, R. v. Jhering. Berlin 1888.—Kuntze, Jhering, Windscheid, Brinz. Leipzig 1888. – Eck, Zur Feier des Gedächtnisses von B. Windscheid und R. v. Jhering. Berlin 1893.—Merkel, R. v. Jhering. Iena 1893.—Petrone, La fase recentissima della filosofia del dritto in Germania. Pisa 1895. (pp. 46 e seg.). — Bouglé, Les sciences sociales en Allemagne. Paris 1896. (pp. 103 et suiv.).—Спеціальное отношеніе къ „Zweck im Recht“ имѣютъ: Dahn, Die Vernunft im Recht. Berlin 1879 (разборъ перваго тома).—Lasson, двѣ рецензіи въ Philos. Monatshefte, Bd. XV (1879), S. 146 ff. и XXI (1885), S. 128 ff., посвященныя разбору обоихъ томовъ „Zweck im Recht“.—Schuppe, Schmoller's Jahrbuch. N. F. Bd. VI (1882) и Sommer (Preuss. Jahrbücher, Bd. LIV (1884) и LV) касаются этической стороны доктрины Іеринга, его теоріи общественнаго утилитаризма, изложенной во второмъ томѣ сочин. „Цѣль въ правѣ“, извлеченія изъ котораго были напечатаны ранѣе въ журналѣ Шмоллера (за 1882) подъ заглавіемъ „Geschichtlich-gesellschaftlichen Grundlagen der Ethik“. — На русскомъ языкѣ укажу на мѣткую критику общихъ идей „Zweck im Recht“ у Чичерина, Собственность и государство. М. 1882. Ч. I, стр. 43 слл. См. также краткія, но интересныя замѣчанія у Муромцева, Очерки..., стр. 235 слл.

вводившаго и сознательное творчество въ цѣпь закономѣрнаго развитія. Подобная постановка вопроса была уже давнымъ-давно намѣчена идеалистической философіей. Въ двадцатыхъ годахъ въ этомъ смыслѣ высказывался Гансъ, нападая на Савиньи. Подъ вліяніемъ Шеллинга, и Пухта развивалъ эту точку зрѣнія въ «Институціяхъ» (1841 г.), отступая, такимъ образомъ, отъ органической теоріи. Болѣе широкому кругу юристовъ эти взгляды оставались, однако, чуждыми. Утвержденіе ихъ въ юриспруденціи начинается лишь со временъ Іеринга, который своей аргументаціей, столько же основательной, сколько блестящей, нанесъ окончательный ударъ доктринѣ знаменитыхъ своихъ предшественниковъ.

Воспитавшись на традиціяхъ исторической школы, Іерингъ очень рано освободился отъ ихъ вліянія. Его дѣятельная и подвижная натура плохо мирилась съ формулами органическаго ученія, а занятія исторіей римскаго права утверждали его въ мнѣніяхъ, далеко несходныхъ съ идеями Савиньи. Это было вмѣстѣ и результатомъ теоретическихъ размышленій, и отраженіемъ энергическаго и живого темперамента писателя, когда Іерингъ, характеризуя доктрину историческихъ юристовъ, говорилъ: «ложная, но безопасная, какъ теоретическое воззрѣніе, она является однимъ изъ самыхъ роковыхъ заблужденій, въ качествѣ политическаго правила. Въ той области, гдѣ человѣкъ долженъ дѣйствовать,—дѣйствовать съ полнымъ сознаніемъ цѣли и съ приложеніемъ всѣхъ своихъ силъ, она убаюкиваетъ его надеждой, что всё дѣлается само собой и что всего лучше сложить руки и довѣрчиво ожидать постепенныхъ проявленій предполагаемаго первоисточника права, т.-е. народнаго убѣжденія» [1]).—Въ этихъ словахъ, прекрасно характеризующихъ отношеніе Іеринга къ органической теоріи, нельзя не видѣть и отраженія духа времени. Не по простой случайности они были написаны въ 1872 году, когда въ Германіи [2]) романтическія грёзы и нерѣшительныя мечтанія смѣнились энергическими дѣйствіями въ пользу того, что нѣмцы считали своимъ правомъ. Осуществленіе идей, столь поэтически

---

[1]) Kampf um's Recht, S. 10 (X Aufl.; перв. изд. 1872 г).

[2]) съ которой Іерингъ былъ связанъ духовно и будучи вѣнскимъ профессоромъ.

задуманныхъ старыми патріотами, сопровождалось прозаическими подробностями мелкихъ интригъ и тяжкихъ столкновеній. Жизнь обнаруживала справедливость мысли, высказанной Іерингомъ въ отношеніи къ теоріи Савиньи: «der Romantik unserer heutigen historischen Ansicht könnte ein Zusatz von etwas derber Prosa gar nicht schaden» [1]).

Изъ того, что мы до сихъ поръ сказали, очевидно, что историческое воззрѣніе Іеринга было реакціей противъ идеи невмѣшательства, занимавшей центральное мѣсто среди первоначальныхъ положеній исторической школы. Его практическія правила, какъ и теоретическія утвержденія, явились антитезой къ органической теоріи правообразованія. Не отвергая идеи закономѣрнаго развитія, безъ которой уже немыслимо было пониманіе исторіи, онъ далъ, однако, этой идеѣ совершенно иное выраженіе. Ученіе объ органическомъ самораскрытіи народнаго духа смѣнилось у него представленіемъ о тяжеломъ процессѣ, чрезъ который проходитъ развитіе права и который сопровождается приложеніемъ личныхъ усилій, столкновеніемъ интересовъ и борьбою страстей. Іерингъ отказывается признать гармоническую связь отдѣльныхъ эпохъ, на которой настаивалъ Савиньи, требовавшій отъ настоящаго «неразрывнаго общенія съ прошлымъ». Право можетъ обновляться, только отказываясь отъ собственнаго прошлаго. Это— Сатурнъ, пожирающій своихъ собственныхъ дѣтей. Путь, который проходитъ исторія, означается, поэтому, обломками старыхъ установленій, а нерѣдко и потоками крови [2]). Савиньи подчеркиваетъ въ идеѣ развитія непрерывность, зависимость послѣдующихъ эпохъ отъ предыдущихъ; Іерингъ — измѣнчивость и текучесть, смѣну стараго новымъ. Для перваго исторія есть, прежде всего, continuirliche Entwicklung, для второго—ewiges Werden.

Въ связи съ этимъ стоитъ и различное отношеніе ихъ къ первоначальнымъ историческимъ основамъ. Подчеркивая зависимость настоящаго отъ прошлаго, Савиньи, естественно, уходилъ въ глубь временъ, въ которой уже предначертаны были пути дальнѣйшаго развитія. Право представлялось ему нѣкоторымъ

---

[1]) Geist des r. R. IV Aufl. Bd. I, S. 225.

[2]) Kampf... SS. 8—9. Ср. также Geist... II, 1, S. 70 (IV Aufl.).

даромъ небесъ, котораго внутреннія сокровища обнаруживаются сами собою, какъ только въ этомъ является необходимость. Іеринъ думаетъ совершенно иначе: «nichts Fertiges in der Geschichte, alles ist geworden». Право не даръ природы, а продуктъ исторіи, не таинственное истеченіе народнаго духа, а результатъ дѣятельности человѣческой. Люди создаютъ его для своихъ временныхъ и измѣнчивыхъ нуждъ путемъ сложнаго и напряженнаго труда. Эти послѣднія утвержденія чрезвычайно характерны для теоріи Іеринга. Врагъ всякаго нативизма, онъ полагаетъ сущность историческаго воззрѣнія *въ отрицаніи какихъ бы то ни было прирожденныхъ задатковъ* [1]). Такимъ образомъ старыя категоріи Савиньи были опрокинуты: возрожденное и преобразованное воззрѣніе XVIII вѣка объявлялось истинно-историческимъ, а «историческая» школа оказывалась не оправдывающей своего имени.

Уже изъ сдѣланной нами краткой характеристики ясно, что теорія Іеринга, которую онъ считалъ исторической по преимуществу, становилась въ совершенно новое отношеніе къ естественному праву. Принимая юридическія учрежденія за продуктъ дѣятельности человѣческой, нуждающійся въ постоянномъ обновленіи, Іерингъ не могъ видѣть въ нихъ неприкосновеннаго дара прошлаго, въ которомъ всѣ надлежащія измѣненія производятся дѣйствіемъ внутреннихъ силъ. Воспитавшись на историческомъ созерцаніи, онъ понимаетъ, что положительныя установленія не могутъ быть продуктомъ случая. Но для всѣхъ ихъ наступаетъ пора, когда они, отживъ свое время, должны стать достояніемъ исторіи. И это дѣлается не само собою, а путемъ борьбы стараго съ новымъ. Настоящимъ требованіемъ жизни является, поэтому, не безусловное уваженіе къ существующему, не покорное признаніе даннаго, а критика прошлаго и исканіе лучшихъ устоевъ исторіи. Развитіе совершается чрезъ развалины стараго и отжившаго.

.... Alles, was entsteht,
Ist werth, dass es zu Grunde geht.

[1]) См. въ особенности Zweck im Recht. II Aufl. Leipzig 1886. Bd. II, S. 108 ff. u Entwicklungsgeschichte des rom. R. Leipzig 1894. Einleitung.

Идея прогресса, не отвергаемая, но, однако, только терпимая въ доктринѣ Савиньи, у Іеринга получаетъ подчеркнутое выраженіе. Мы можемъ, поэтому, съ такимъ же основаніемъ назвать его историческую теорію *прогрессивной*, съ какимъ для теоріи Савиньи усвоили названіе консервативной. Оправданіе юридическихъ нормъ, съ точки зрѣнія этой теоріи, заключается, не въ условіяхъ ихъ происхожденія, а въ ихъ соотвѣтствіи съ духомъ и запросами современности.

Іерингъ любилъ сопоставлять свои историческіе взгляды съ идеями Монтескьё [1]). Сопоставленіе это было вполнѣ правильно, если принять во вниманіе то значеніе, которое оба писателя придавали внѣшнимъ обстоятельствамъ, естественнымъ и историческимъ, говоря о развитіи права. Но намъ невольно приходитъ въ голову другая параллель. Мы имѣли уже случай отмѣтить сродство гегельянскихъ началъ съ воззрѣніями Іеринга [2]); теперь мы можемъ сказать точнѣе, что по духу своего историзма, нашъ писатель принадлежалъ къ той фракціи лѣвыхъ гегельянцевъ, которые изъ діалектическаго ученія брали, главнымъ образомъ, идею измѣнчивости всего существующаго [3]). Мы не имѣемъ

---

[1]) См., напр, Kampf..., S. 33, Note и Entwicklungsgeschichte, S. 42.

[2]) Ср стрр. 63—64 и 119.

[3]) Я имѣю здѣсь въ виду Энгельса и Маркса, которые именно въ этомъ полагали истинное значеніе гегелевской философіи. „Всѣ, однѣ за другими появляющіяся въ исторіи системы общественныхъ отношеній“, — такъ формулировалъ Энгельсъ свои выводы изъ діалектики Гегеля — „представляютъ собою лишь преходящія ступени безконечнаго развитія... Каждая ступень необходима въ то время и при тѣхъ обстоятельствахъ, которымъ она обязана своимъ происхожденіемъ. И въ этомъ заключается ея оправданіе. Но она лишается своего значенія и своего оправданія при новыхъ условіяхъ, постепенно развивающихся въ ея собственныхъ нѣдрахъ. Она оказывается вынужденной уступить мѣсто высшей ступени, которая падаетъ въ свою очередь... *Для діалектической философіи нѣтъ ничего разъ навсегда установленнаго, безусловнаго, святого.* На всемъ и во всемъ она видитъ печать неизбѣжнаго паденія, и ничто не можетъ устоять предъ нею, кромѣ непрерывнаго процесса возникновенія и уничтоженія“... (См. сочин. Энгельса о Фейербахѣ, русск. переводъ (92 г.), стрр. 3—5). Стремясь освободить гегельянство отъ духа нѣмецкаго филистерства, Марксъ и Энгельсъ освобождали его также и отъ идеалистическихъ покрововъ. Какъ извѣстно, и Іерингъ пришелъ въ концѣ концовъ къ системѣ общественнаго утилитаризма и внѣшней телеологіи. Чуждый

возможности опредѣлить, насколько вліяніе Гегелевыхъ началъ на Іеринга являлось прямымъ и непосредственнымъ. Онъ могъ вдохнуть ихъ изъ атмосферы времени [1]), могъ прійти къ своимъ взглядамъ и самостоятельно. Несомнѣнно, однако, какъ то, что онъ никогда не былъ правовѣрнымъ гегельянцемъ, такъ и то, что его идеи порою очень близко подходятъ къ выводамъ діалектической философіи.

Послѣ этой общей характеристики мы можемъ перейти къ болѣе подробному разсмотрѣнію взглядовъ изучаемаго писателя въ ихъ послѣдовательномъ развитіи.

2. Взгляды пятидесятыхъ годовъ. Отреченіе отъ идеи непроизвольнаго происхожденія права изъ народнаго духа.

Историческая теорія Іеринга выработалась не сразу. По его собственному свидѣтельству, онъ вышелъ изъ университета съ старыми представленіями объ органическомъ происхожденіи права

радикализма двухъ упомянутыхъ писателей, онъ былъ, однако, къ нимъ близокъ по общему смыслу своихъ утвержденій. Интересно отмѣтить, что и Энгельсъ, опредѣляя характеръ общественнаго развитія, въ отличіе отъ природнаго, говорилъ: „въ исторіи общества дѣйствуютъ люди, одаренные сознаніемъ, движимые убѣжденіемъ или страстью, ставящіе себѣ опредѣленныя цѣли. *Здѣсь ничто не дѣлается безъ сознаннаго намѣренія, безъ желанной цѣли...* По большей части, цѣли, поставленныя себѣ людьми, приходятъ во взаимныя столкновенія и противорѣчія“... (стр. 42).

[1]) Іерингъ закончилъ свое образованіе и выступилъ преподавателемъ въ Берлинѣ въ началѣ сороковыхъ годовъ, когда гегельянское направленіе приходило въ упадокъ, но не могло еще исчезнуть безслѣдно. Съ Гегелевой „Философіей исторіи“ Іерингъ былъ знакомъ, какъ видно изъ цитатъ въ „Духѣ римск. пр.“; но онъ рѣдко ссылается на нее въ основныхъ вопросахъ и утверждаетъ, что къ своему воззрѣнію онъ пришелъ при помощи изученія исторіи римск. права. Прибавлю здѣсь, что къ условнымъ формуламъ философіи Гегеля онъ относился отрицательно, отказываясь видѣть въ исторіи „ein sich aus sich selbst bewegendes perpetuum Mobile der Dialektik“. (Geist... I, S. 61. IV Aufl.).

и нѣсколько лѣтъ затѣмъ находился еще подъ ихъ вліяніемъ [1]). Однако, уже въ первомъ изданіи «Духа римскаго права», начальные томы котораго появились въ пятидесятыхъ годахъ, видны зачатки новыхъ воззрѣній [2]). Это ясно чувствуется, какъ въ методологическихъ замѣчаніяхъ, которыя авторъ предпосылаетъ своему изслѣдованію, такъ и въ дальнѣйшемъ изложеніи, посвященномъ характеристикѣ древне-римскихъ учрежденій.

Сущность упрековъ, высказываемыхъ Іерингомъ по адресу современной ему юриспруденціи, сводится къ тому, что и въ историческихъ изслѣдованіяхъ она сохраняетъ чисто догматическіе пріемы. Она изучаетъ всюду лишь системы нормъ, не освѣщая ихъ высшими научными обобщеніями и не приводя въ связь съ жизнью. А между тѣмъ безъ общихъ отправныхъ пунктовъ и безъ знакомства съ жизненной средой, среди которой выростаетъ право, представленіе о немъ будетъ неполно. Чтобы вѣрно судить о какомъ-либо правѣ, нельзя останавливаться на отдѣльныхъ его опредѣленіяхъ, но слѣдуетъ восходить къ принципіальному его пониманію. Для правильнаго освѣщенія римскаго права, мы нуждаемся въ общемъ ученіи о правѣ, по мѣрѣ усовершенствованія котораго возвысятся и наши конкретныя историческія представленія [3]). — Подобныя требованія были вовсе не въ духѣ исторической школы, которая, не отрицая общихъ основъ правообразованія, довольствовалась, однако, обыкновенно простыми ссылками на національное убѣжденіе, какъ на высшее и послѣднее основаніе юридическихъ нормъ [4]). У Іеринга вновь высказывается та мысль, которую до

---

[1]) Kampf. S. 6.

[2]) 1-й т. вышелъ въ 1852 году, 2-ой (I отд.) — въ 1854. — Изъ предисловія къ первому изданію мы узнаемъ, что Іерингъ хотѣлъ напечатать первый томъ еще въ 1843 году. Это были его публичныя чтенія въ Берлинскомъ университетѣ, гдѣ онъ читалъ тогда лекціи въ качествѣ приватъ-доцента. Пухта, къ которому онъ обратился по этому поводу, отсовѣтовалъ выступать передъ публикой съ такой общей темой, и сочиненіе появилось въ печати только въ 1852 году.

[3]) Geist... I, SS. 22—24 (9—10). Я цитирую вездѣ „Духъ римск. пр.“ по четвертому изданію; цыфры въ скобкахъ означаютъ страницы перваго изданія, на которое въ нѣкоторыхъ случаяхъ я также находилъ нужнымъ ссылаться.

[4]) Если Савиньи и Пухта и говорили въ позднѣйшихъ своихъ произведеніяхъ о важности философской точки зрѣнія, то это было скорѣе отступленіемъ отъ ихъ теоріи, чѣмъ ея послѣдствіемъ.

него отстаивала гегельянская школа: конкретныя явленія въ области права могутъ быть понимаемы только въ связи съ тѣмъ цѣлымъ, къ которому они принадлежатъ.

Другое, важное для насъ требованіе Іеринга состоитъ въ томъ, чтобы юридическія нормы изучались въ связи съ жизнью. Историкъ долженъ вскрывать тѣ идеи и стремленія, которыя порождаютъ учрежденія права и сообщаютъ имъ опредѣленный характеръ. Не ограничиваясь изображеніемъ системы нормъ и положеній, представляющихъ лишь внѣшнія очертанія дѣйствительнаго юридическаго оборота, онъ долженъ обнаруживать жизненную подпочву права, причины его происхожденія и условія примѣненія. Зачѣмъ существуютъ извѣстныя положенія, какія препятствія или опоры находятъ они въ жизни — на эти вопросы даетъ отвѣты только сама жизнь. Въ цѣляхъ и потребностяхъ даннаго времени заключаются основанія, почему создался тотъ или другой институтъ и почему онъ имѣетъ данную форму. Условія его примѣненія обнаруживаютъ степень его дѣйствительной примѣнимости, которая абстрактнымъ нормамъ права даетъ ихъ жизненное значеніе. Безъ этой связи съ фактическимъ міромъ мы не узна́емъ права дѣйствительнаго. Однако, изслѣдованіе болѣе глубокихъ основъ юридическаго оборота гораздо труднѣе, чѣмъ изученіе самихъ нормъ, видныхъ для всякаго. Силы, движущія право, скрываются внутри, дѣйствуютъ медленно и нигдѣ не выступаютъ такъ явственно, чтобы непремѣнно быть замѣченными. Но историкъ долженъ изучать и эти скрытыя стороны и части права, въ которыхъ оно находитъ свое объясненіе и оправданіе [1]).

Самъ Іерингъ въ одномъ изъ позднѣйшихъ своихъ сочиненій разъяснилъ намъ, что означали эти новыя требованія: они были равносильны отреченію отъ теоріи непроизвольнаго истеченія права изъ народнаго духа. Приверженцамъ этой теоріи не могло и въ голову прійти изучать основанія юридическихъ институтовъ, которыя полагались скрытыми въ непроницаемыхъ тайникахъ народной души. Если происхожденіе права — непостижимая тайна, то предъ нею останавливается всякое дальнѣйшее изслѣдованіе. Ученіе это, въ сущности, представляетъ отказъ отъ вопросовъ

[1]) См. къ этому §§ 3 и 4 въ первомъ и послѣдующихъ изданіяхъ.

о причинахъ явленій. На всѣ такіе вопросы у него всегда готовъ отвѣтъ, въ видѣ ссылки на народное убѣжденіе, являющееся какъ-бы фатумомъ въ области права. Историкъ избавляется, такимъ образомъ, отъ всякихъ дальнѣйшихъ хлопотъ. Die Emanationstheorie ist das Faulkissen der Wissenschaft [1]).

Эти слова, написанныя Іерингомъ въ концѣ его литературной дѣятельности, были дальнѣйшимъ формулированіемъ тѣхъ самыхъ началъ, которыя онъ высказалъ еще въ пятидесятыхъ годахъ. Въ первомъ изданіи «Духа римскаго права» можно найти и слѣды старыхъ воззрѣній, тамъ, напримѣръ, гдѣ Іерингъ говоритъ, что источникомъ силъ, движущихъ право, является «индивидуальность народа, представляющая какъ бы сердце правоваго организма» [2]). Но это было скорѣе отраженіемъ прежней фразеологіи, чѣмъ сохраненіемъ соотвѣтствовавшей ей теоріи. Индивидуальность народная разлагалась на отдѣльныя конкретныя силы, на измѣнчивыя идеи и потребности и утрачивала характеръ неподвижной величины, всегда себѣ равной.

Еще яснѣе высказывается Іерингъ, говоря о развитіи римскихъ учрежденій. Разсматривая «космогонію римскаго права», онъ приходитъ къ мысли, ниспровергающей органическую теорію, — что первоисточникомъ юридическихъ установленій служила творческая сила и дѣятельность человѣка. Объ этомъ сохранилось воспоминаніе и въ древне-римской сагѣ, имѣющей значеніе психологической истины. По смыслу этой саги, Римъ всѣмъ обязанъ себѣ, все создается и организуется имъ, во всемъ сказывается сознательное намѣреніе и расчетъ [3]). Дѣйствительные историче-

---

[1]) Entwicklungsgeschichte des röm. R. Leipzig 1894. S. 13.—Въ любопытномъ введеніи къ этому неоконченному сочиненію Іерингъ вновь повторяетъ свои старые упреки по отношенію къ чисто описательной исторіи права, мѣтко называя её „successive Dogmatik“ (S. 11). Онъ и здѣсь говоритъ о необходимости научной постановки исторіи, требуя отъ нея изслѣдованія причинной связи явленій.

[2]) Привожу здѣсь эту любопытную фразу, которой Іерингъ заплатилъ дань старымъ традиціямъ: „Der Sitz dieser Kräfte ist die Individualität des Volks, sie ist gewissermaszen das Herz des Rechtsorganismus“... (S. 34 перваго изд.). Въ послѣдующихъ изданіяхъ это мѣсто было выпущено (ср. соотвѣтствующую страницу въ IV изд.—44-ую). Подобныя измѣненія можно указать и въ нѣкоторыхъ другихъ мѣстахъ.

[3]) Geist... I, 97 (93); ср. также I, 321 (294—295).

скіе процессы подтверждаютъ воззрѣнія саги. Самыя простыя и элементарныя истины, столь естественныя для насъ теперь, явились продуктомъ долгаго и утомительнаго процесса. Первоначальныя римскія образованія сохранили «слѣды пота и крови», которыхъ не могло уничтожить никакое время [1]). То, что намъ кажется вытекающимъ изъ природы права, всего менѣе представляетъ собою изначальное достояніе человѣческаго рода. Своимъ практическимъ значеніемъ оно обязано не силѣ правоваго убѣжденія и не идеѣ справедливости: оно является *продуктомъ человѣческой дѣятельности, приводимой въ движеніе матеріальными основаніями, жизненной необходимостью и давленіемъ обстоятельствъ, и руководимой мотивами цѣлесообразности* [2]). — Это мѣсто, цѣликомъ находящееся и въ первомъ изданіи, содержитъ въ себѣ зачатки позднѣйшихъ воззрѣній Іеринга; мы находимъ здѣсь и отрицаніе нативизма, и признаніе силы внѣшнихъ обстоятельствъ, и зародышъ телеологической теоріи. Іерингъ внесъ впослѣдствіи въ свои идеи нѣкоторыя дополненія, но по существу историческая теорія его осталась неизмѣнной съ начала пятидесятыхъ годовъ и до конца его литературной дѣятельности. Съ самыхъ раннихъ поръ онъ отмѣчалъ уже значеніе человѣческой дѣятельности и сознательнаго творчества, направленнаго къ осуществленію извѣстныхъ цѣлей. Рисуя живыя картины первоначальнаго правообразованія, когда господствовало право добычи и средствомъ охраны служила самопомощь [3]), онъ наглядно показывалъ, какъ все это далеко было отъ представленій Савиньи и Пухты о

---

[1]) ibid., SS. 103 (99) и 107 (104).—Всѣ цитируемыя здѣсь мѣста находятся уже и въ первомъ изданіи сочиненія. Въ позднѣйшихъ изданіяхъ Іерингъ прибавилъ только нѣкоторыя слова и фразы, въ которыхъ болѣе рѣзко выражалось отступленіе его отъ взглядовъ Савиньи и Пухты. Такъ, напримѣръ, на стр. 97 (сравнительно съ 93 перв. изданія), при объясненіи смысла римской саги, вставлено: „Die Lehre von dem sog. naturwücksigen, d. h. dem unbewuszten traumartigen Wachstum des Rechts hat bei den thatkräftigen Römern nie Anklang gefunden". На стр. 321 (сравнит. съ 294 перв. изд.) прибавлено: „Den Römern war es Bedürfnisz, die Dinge selbstthätig zu gestalten, es widerstrebte ihnen, sie nach der Theorie der Naturwücksigkeit sich selbst zu überlassen" и т. д.

[2]) ibid. S. 235 (229).

[3]) ibid. §§ 10 и 11.

безболѣзненномъ и мирномъ зарожденіи права. Вмѣстѣ съ тѣмъ, у него всюду выступало значеніе личности и личной энергіи, какъ созидающаго начала правообразованія въ первобытныя эпохи. Онъ не побоялся даже возвратиться — конечно, съ извѣстными ограниченіями — къ утвержденію естественно-правовой школы, что право обязано своимъ происхожденіемъ индивидуальной иниціативѣ и договорному началу. Государство не всегда играло ту роль въ образованіи права, которая принадлежитъ ему теперь. Начальные факты исторіи вскрываютъ намъ творческое значеніе личности, въ себѣ самой носящей свои права и собственными силами добивающейся ихъ осуществленія. Первобытныя юридико-политическія отношенія складываются по началу договора [1]).

Іерингъ самъ отмѣтилъ связь этихъ воззрѣній съ ученіями XVIII вѣка. Древнѣйшее римское право, говоритъ онъ, какъ-бы даетъ намъ подтвержденіе естественно-правовой конструкціи государства, и въ прошломъ столѣтіи идея договорнаго характера первобытнаго права могла бы расчитывать на столь же благосклонный пріемъ, сколько теперь ей можетъ повредить извѣстное совпаденіе съ понятіями естественнаго права. А между тѣмъ, если философская доктрина давала слишкомъ общее значеніе договорному началу, имѣющему отношеніе лишь къ болѣе древнимъ эпохамъ правообразованія, то въ наше время болѣе склонны вовсе уклоняться отъ вопроса о происхожденіи государства и права. Мы скорѣе готовы принять сверхъестественное установленіе ихъ Богомъ, чѣмъ допустить, что они созданы прозаическимъ образомъ при помощи человѣческой руки. Романтикѣ нашего современнаго историческаго воззрѣнія не повредилъ бы нѣкоторый придатокъ грубой прозы [2]).

Такъ писалъ Іерингъ уже въ 1852 году. Онъ нигдѣ еще не называетъ именъ Савиньи и Пухты и не вступаетъ съ ними въ открытую полемику, но общій духъ его сочиненія не оставлялъ никакихъ сомнѣній насчетъ отношенія его къ органической теоріи [3]). Въ болѣе рѣшительную оппозицію противъ старыхъ воз-

---

[1]) См. къ этому §§ 10 и 15.

[2]) ibid. SS. 224—225 (218—219).

[3]) Трудно, поэтому, понять, какъ могли нѣкоторые изъ прежнихъ писателей

зрѣній онъ сталъ, однако, лишь въ 1865 году, когда появилась третья часть «Духа римскаго права» и началось печатаніе второго изданія первой [1]). Въ 1872 году онъ вновь подвергнулъ рѣзкой критикѣ старую теорію въ небольшомъ произведеніи «Борьба за право», которому суждено было сдѣлаться столь популярнымъ. Изученіе древнеримской юридической техники (характеристикѣ которой посвящены двѣ послѣднія части «Geist des r. Rechts») съ особенной ясностью обнаружило для Іеринга, какую важную роль играло человѣческое искусство въ образованіи юридическихъ понятій; а размышленія надъ общимъ ходомъ исторіи окончательно утвердили его въ новыхъ воззрѣніяхъ.—Постараемся характеризовать эту новую стадію въ развитіи взглядовъ нашего писателя.

3. Окончательный разрывъ съ исторической теоріей Савиньи. Критика органическаго воззрѣнія. Взглядъ на законодательство. Отношеніе къ обычному праву. Взглядъ на прогрессъ въ правѣ. Критика идеи о національномъ происхожденіи права.

Главный и основной упрекъ, дѣлаемый Іерингомъ противъ исторической школы, по прежнему состоитъ въ томъ, что она не признавала творческой силы человѣческаго дѣйствія. Мѣткими и

причислять Іеринга къ школѣ Савиньи. Въ 1863 году Людерсъ находилъ въ „Духѣ римскаго права“ отраженіе взглядовъ исторической школы („Das Gewohnheitsr. auf dem Gebiete der Verwaltung“ S. 35. Note). Вѣроятно, подобнымъ же невѣрнымъ отношеніемъ къ принципіальнымъ взглядамъ „Духа р. пр.“ объясняется и то, что Гарумъ, выступившій въ 1863 году съ критикой идей Савиньи и Пухты, не забываетъ упомянуть Рюкерта, но вовсе не цитируетъ Іеринга.

[1]) Говоря о первой части, я имѣю въ виду начальный ея параграфъ о значеніи римскаго права, вставленный Іерингомъ лишь во второе изданіе. Отдѣльные оттиски этого параграфа появились въ 1865 году. – Въ пятидесятыхъ годахъ Іерингъ всего рѣшительнѣе высказался противъ исторической школы, коснувшись вопроса о значеніи обычнаго права (Geist... II, I. Aufl. 1854. § 25); но здѣсь еще встрѣчаются похвалы органической теоріи (SS. 25—26), страннымъ образомъ сохранившіяся и въ послѣдующихъ изданіяхъ (IV Aufl. SS. 29—30), въ которыхъ прибавлено было новое примѣчаніе (14 a), противорѣчащее старому тексту.

неподражаемыми чертами изображаетъ онъ сущность органическаго воззрѣнія, которое, опасаясь произвольнаго вмѣшательства, проповѣдывало пассивное отношеніе къ исторіи. Въ глазахъ Іеринга это воззрѣніе было равносильно съ мечтой о золотомъ вѣкѣ, когда люди попадали на правильные пути, не отыскивая ихъ, когда юридическія понятія сами собою выростали на древѣ познанія, чтобы въ готовомъ видѣ быть взятыми человѣкомъ, а то такъ и прямо свалиться ему въ руки [1]). Образованіе права, согласно съ этой теоріей, совершается такъ-же незамѣтно и безболѣзненно, какъ и образованіе языка: здѣсь не требуется никакихъ домогательствъ и борьбы, не требуется даже никакихъ исканій. Незамѣтно-дѣйствующая сила истины медленно, но вѣрно, безъ всякихъ насилій, пролагаетъ себѣ дорогу; предъ властью убѣжденія постепенно раскрываются сердца, оно проникаетъ въ дѣйствія людей—такъ новая норма вступаетъ въ жизнь столь же безмятежно, какъ какое-либо правило языка. Положенія древнеримскаго права, что кредиторъ могъ продать несостоятельнаго должника въ чужую землю, какъ раба, что собственникъ могъ требовать свою вещь отъ каждаго, у кого только ее найдетъ, согласно съ этимъ воззрѣніемъ, образовались едва ли инымъ путемъ, чѣмъ правило, что cum управляетъ творительнымъ падежомъ [2]).

Съ своей стороны, Іерингъ выдвигаетъ идею дѣятельнаго участія человѣка въ образованіи права и поэтическому представленію о золотомъ вѣкѣ противополагаетъ прозаическую правду исторіи. «Положительное утвержденіе, которое я противопоставляю этому воззрѣнію», говоритъ онъ: «состоитъ въ томъ, что исторія права началась желѣзнымъ періодомъ, тяжелой борьбой и работой человѣческаго разума; намѣреніе, рефлексія, сознаніе и расчетъ дѣйствовали уже при возникновеніи права; юридическое искусство стояло у колыбели его. Подобно тому, какъ теперь понятія не спадаютъ намъ сами собою, но пріобрѣтаются путемъ усилій и напряженія, такъ, а не иначе, было и въ ту историческую эпоху, когда образовывались основныя юридическія понятія; и мнѣніе,

[1]) Geist des r. R. III. Th., S. 2.
[2]) Kampf... SS. 5—6.

будто бы народы въ ихъ дѣтствѣ не нуждались въ отыскиваніи и выработкѣ понятій собственности, обязательства и т. п., но нашли ихъ уже готовыми, не лучше предположенія, что они получили изъ рукъ природы свои дома, плуги и т. д. Какъ ради этихъ послѣднихъ, они должны были думать, работать и дѣлать попытки въ теченіе столѣтій, то же и еще въ большей степени было и съ первыми. Прошелъ долгій періодъ пробъ и исканій, колебаній и неопредѣленности, прежде чѣмъ юридическія понятія приняли тѣ сжатыя и твердыя формы, какими они обладаютъ при первомъ появленіи ихъ въ исторіи» [1]).

Іерингъ не хочетъ утверждать, чтобы праву было совершенно неизвѣстно безсознательное и непреднамѣренное, т. е. органическое развитіе. Такимъ путемъ возникаютъ юридическія положенія, постепенно отлагающіяся въ оборотѣ изъ однообразнаго и самостоятельнаго заключенія сдѣлокъ. Такъ-же образуются и тѣ абстракціи, заключенія и правила, которыя наука выводитъ аналитическимъ путемъ изъ существующаго права [2]). Но въ противоположность исторической школѣ, полагавшей всю силу поступательнаго развитія въ органическихъ факторахъ исторіи, Іерингъ приписываетъ этимъ факторамъ совершенно второстепенное значеніе. Здѣсь сказываются прогрессивные элементы его исторической теоріи. Его главное вниманіе обращено на условія обновленія права, точно такъ-же, какъ вниманіе Савиньи сосредоточено на идеѣ непрерывности исторіи. Понятно, что они приходили къ противоположнымъ результатамъ.

Сила органическихъ факторовъ (т. е. оборота и аналитической юриспруденціи), по его мнѣнію, ограничена: они могутъ регулировать и ускорять движеніе въ предѣлахъ существующихъ путей, но не способны прорывать плотинъ, препятствующихъ потоку проложить себѣ новое направленіе. Это можетъ совершить лишь законъ, т. е. намѣренное, на эту именно цѣль направленное дѣйствіе государственной власти. Не случайно, поэтому, а въ силу необходимости, вытекающей изъ самаго существа права, всѣ коренныя реформы, какъ въ процессѣ, такъ и въ правѣ матеріаль-

---

[1]) Geist, III Th., SS. 2—3.

[2]) Kampf... S. 6.

номъ указываютъ на соотвѣтствующіе законы [1]).—Мы находимъ здѣсь стремленіе подчеркнуть значеніе законодательства, столь умаленное исторической школой. Савиньи и Пухта хотѣли разсматривать законодателя, какъ выразителя народной мысли, слѣдующаго за ея органическимъ развитіемъ. Законъ, по ихъ мнѣнію, долженъ быть отзвукомъ непроизвольныхъ движеній народнаго духа [2]). Его реформирующая роль, его значеніе, въ качествѣ энергическаго почина и созидающаго дѣйствія, не могли быть допускаемы съ точки зрѣнія органической теоріи. Отвергнувъ ее, Іерингъ долженъ былъ прійти и къ иному взгляду на законодательство, въ которомъ онъ отмѣтилъ именно это значеніе дѣйствія, разрушающаго старыя преграды. Вмѣстѣ съ тѣмъ, онъ отказался и отъ превознесенія обычнаго права, которое, со временъ Гуго, восхвалялось, какъ идеальное. Мы находимъ у него по этому поводу слѣдующія любопытныя замѣчанія.

Съ перваго взгляда, это примитивное состояніе, въ которомъ нѣкогда пребывало каждое право и остатки котораго отчасти встрѣчаются и теперь подъ видомъ права обычнаго, имѣетъ нѣчто весьма соблазнительное. Оно обладаетъ единствомъ и гармоніей, которыя придаютъ ему кажущееся совершенство. Сохраняя единство съ субъективнымъ правовымъ чувствомъ общества и съ жизненными условіями, изъ которыхъ оно возникаетъ, обычное право движется и измѣняется вмѣстѣ съ жизнью. При этомъ остается единымъ и все правосознаніе, такъ какъ рѣшенія берутся здѣсь не изъ отдѣльныхъ параграфовъ, которые могутъ оказаться противорѣчивыми, а изъ всей полноты цѣлостнаго созерцанія права. Но именно это сплошное единство, это мирное согласіе и есть признакъ несовершенства: *прогрессъ права состоитъ въ разрушеніи этого естественнаго согласія.* Соблазнительное единство первобытнаго права сопровождается неизбѣжнымъ свойствомъ неопредѣленности, отрѣшеніе отъ которой достигается при помощи законодательства. Право утрачиваетъ при этомъ свою подвижность; но за то оно пріобрѣтаетъ качества гораздо болѣе цѣнныя: опредѣленность и твердость. Оно достигаетъ самостоятельнаго и обо-

[1]) Kampf... S. 6.

[2]) Я имѣю здѣсь, конечно, въ виду ихъ первоначальную точку зрѣнія.

собленнаго состоянія, при которомъ устраняются колебанія субъективнаго чувства и водворяется равномѣрность рѣшеній. Вотъ почему переходъ отъ обычая къ закону составляетъ огромный шагъ впередъ [1]).—Такъ Іерингъ нашелъ, наконецъ, разрѣшительное слово, уничтожившее старое обаяніе обычнаго права. Ложная идеализація прошедшаго, заставлявшая видѣть въ позднѣйшемъ историческомъ движеніи отпаденіе отъ первоначальнаго совершенства, находитъ въ немъ рѣшительнаго противника. Вѣра въ прогрессъ подсказывала ему иныя воззрѣнія.

Обсуждая далѣе условія развитія права, Іерингъ пришелъ къ убѣжденію, что развитіе это сопровождается не однимъ напряженіемъ мысли, отыскивающей новыя опредѣленія, но и неизбѣжными конфликтами, вытекающими изъ противорѣчія стараго съ новымъ. Прогрессирующему праву приходится не только вѣчно искать и пробовать, чтобы найти правильный путь, но, нашедши его, еще и опрокидывать препятствія, преграждающія движеніе. Такими препятствіями являются человѣческіе интересы, срастающіеся съ извѣстными учрежденіями. Въ подобныхъ случаяхъ новому праву приходится выдерживать борьбу, затягивающуюся иногда на цѣлыя столѣтія. Высшаго напряженія эта борьба достигаетъ тамъ, гдѣ интересы приняли форму пріобрѣтенныхъ правъ. Тогда становятся другъ противъ друга двѣ партіи и обѣ ратуютъ за святость права, одна—историческаго права, другая—права вѣчно образующагося. Идея права приходитъ въ конфликтъ сама съ собою. Всѣ великія пріобрѣтенія исторіи, какъ отмѣна рабства и крѣпостничества, свобода земельной собственности, ремесла, вѣры и т. д., все это было завоевано путемъ сильнѣйшей, нерѣдко столѣтія длившейся борьбы, сопровождавшейся разрушеніемъ стараго. Чтобы обновиться, право должно отказаться отъ прошлаго. Конкретное право, которое, возникнувъ однажды, требуетъ для себя вѣчнаго существованія, подобно ребенку, поднимающему руку на собственную мать. Призывая идею права, оно издѣвается надъ ней, ибо идея права есть вѣчное образованіе, замѣна образовавшагося вновь образующимся [2]).

---

[1]) Geist... II, 1, § 25.

[2]) Kampf... SS. 8—9. Ср. съ эт. Geist... II, 1, § 27 (S. 70). — Любопытно

Я отмѣтилъ уже сходство этихъ взглядовъ съ идеями діалектической философіи. Мысль о развитіи чрезъ противорѣчія и борьбу является основною для исторической теоріи Іеринга. Съ отличающей его трезвостью взгляда онъ показываетъ, что историческое движеніе далеко не знаетъ того «неразрывнаго общенія» настоящаго съ прошлымъ, о которомъ говорилъ Савиньи. Глава исторической школы совершенно не выяснилъ, что значитъ признавать данное и уважать существующее. Принимать во вниманіе данныя обстоятельства, унаслѣдованныя отъ прошлаго, необходимо всегда, но часто только для того, чтобы оцѣнить силу сопротивленія, которое они могутъ оказать предполагаемымъ реформамъ. Безусловное же уваженіе къ существующему, какъ справедливо замѣтилъ Іерингъ, можетъ иногда быть прегрѣшеніемъ противъ идеи права, требующей вѣчнаго обновленія и прогресса [1]). Всѣ эти соображенія не противорѣчатъ понятію закономѣрности, несомнѣнно присущей развитію права; но они устраняютъ ложное сопоставленіе права съ языкомъ и ошибочную теорію непроизвольнаго развитія, столь опасную по своимъ практическимъ послѣдствіямъ, по требованіямъ бездѣйствія и невмѣшательства [2]).

Вмѣстѣ съ органическимъ воззрѣніемъ, Іерингъ отвергнулъ и національстическую теорію. Критикѣ ея посвященъ начальный параграфъ второго изданія «Духа римскаго права» [3]). Я указывалъ выше на отступленія отъ узко-національстическихъ идей у Савиньи и Пухты. Іерингу и здѣсь принадлежитъ заслуга бо́льшей послѣдовательности. То, что у предшественниковъ его являлось, въ сущности, уклоненіемъ отъ принятыхъ началъ, въ его теоріи находитъ себѣ надлежащее мѣсто и объясненіе. Исходнымъ пунктомъ для его разсужденій въ этомъ отношеніи является фактъ

сопоставить указанныя здѣсь страницы изъ сочиненій Іеринга съ соотвѣтствующими мѣстами изъ „System der erworbenen Rechte“ Лассаля (см. въ особенности I Th. SS. 195—196). Отношеніе Лассаля къ діалектикѣ Гегеля, какъ извѣстно, было тоже, что Энгельса и Маркса (см. въ назв. сочин. I, SS. XVI, 69 — 72). Страницы цитирую по Лейпцигскому изданію 1861 года.

[1]) Geist... l. c. S. 70.

[2]) Kampf... S. 10.

[3]) Зачатки мыслей этого параграфа можно встрѣтить и въ первомъ изданіи на стрр. 285 слл., гдѣ говорится объ универсально-историческомъ значеніи Рима.

рецепціи, который съ самаго начала составлялъ камень преткновенія для теоріи національнаго происхожденія права. Обдумывая этотъ фактъ, Іерингъ пришелъ къ выводу, что заимствованія составляютъ такое же необходимое явленіе, какъ и развитіе собственныхъ началъ. Въ своей жизни народы не остаются изолированными другъ другу, но находятся въ постоянномъ взаимодѣйствіи, враждебномъ и мирномъ, охватывающемъ всѣ стороны человѣческаго существованія. Для духовнаго міра имѣетъ силу тотъ же законъ, что и для физическаго: жизнь есть заимствованіе извнѣ и внутреннее усвоеніе. Рецепція и ассимиляція суть двѣ коренныя функціи, на существованіи и равновѣсіи которыхъ покоятся устойчивость и здоровье каждаго живого организма. Препятствовать заимствованію и осуждать организмъ на развитіе «извнутри» значитъ убивать его: подобное развитіе начинается только у трупа. Соотвѣтственно съ этимъ, и обособленіе народовъ есть смертный грѣхъ, ибо высшій законъ исторіи представляетъ общеніе. Процвѣтаніе народа, какъ и отдѣльнаго лица, основывается на безпрестанномъ заимствованіи извнѣ. Языкъ, искусство, нравы, вся культура народа, короче его индивидуальность, или національность, представляютъ продуктъ безчисленныхъ воздѣйствій и заимствованій изъ внѣшняго міра. Почему же право должно быть изъято изъ этого общаго культурнаго закона? Въ этой области вопросъ о заимствованіяхъ долженъ рѣшаться, какъ и во всѣхъ другихъ: не въ силу національныхъ соображеній, а на основаніи цѣлесообразности и потребности. Никто не будетъ заимствовать издали того, что хорошо у него самого; но нелѣпо отказываться отъ хины на томъ основаніи, что она выросла не у насъ.

Исторія права свидѣтельствуетъ, что указанный культурный законъ находитъ полное примѣненіе въ этой области. Это можно утверждать и относительно древности; но настоящимъ мѣстомъ его проявленія служитъ новый міръ, котораго лозунгомъ точно такъ-же является идея универсальности, какъ древняго—идея національности. На Востокѣ и въ древности развитіе въ общемъ дѣйствительно совершалось такъ, какъ учитъ Савиньи, и даже jus gentium римлянъ выросло на римской почвѣ. Въ новое время

универсализмъ является преобладающей чертой развитія [1]). Не только римское и каноническое права, но и цѣлый рядъ институтовъ и проблеммъ въ другихъ областяхъ объединяютъ новые народы въ общей работѣ мышленія и дѣйствія. Здѣсь находитъ свое объясненіе и рецепція римскаго права, которую мы поймемъ вполнѣ, только поставивъ на ряду съ принципомъ національности начало универсализма. Съ точки же зрѣнія Савиньи, римское право должно разсматриваться, какъ пришелецъ, вторгнувшійся къ намъ безъ достаточной легитимаціи, а рецепція—загадкой, для которой у науки нѣтъ разрѣшенія [2]).

Упреки, которые дѣлаетъ въ данномъ случаѣ Іерингъ исторической школѣ, должны быть нѣсколько ослаблены, если мы вспомнимъ, какъ самъ Савиньи говорилъ, что ‹новые народы не были призваны въ такой мѣрѣ, какъ древніе, къ замкнутой національности› [3]). Фактъ рецепціи вынуждалъ къ признанію идеи универсализма и родоначальниковъ націоналистической теоріи. Но подобное признаніе вовсе не гармонировало съ утвержденіемъ, по которому право развивается изъ національнаго сознанія. Іерингъ положилъ конецъ старымъ затрудненіямъ, объявивъ заимствованія необходимымъ историческимъ явленіемъ и отбросивъ теорію національнаго происхожденія права.

Итакъ, всѣ позиціи старой исторической школы были покинуты Іерингомъ. Постепенно онъ пришелъ къ полному отрицанію существенныхъ частей ея программы. Отъ идей, провозглашенныхъ нѣкогда основателемъ школы, осталась незыблемой одна идея закономѣрнаго развитія, которая, по своему общему характеру, могла служить базисомъ для самыхъ различныхъ историческихъ теорій. Вмѣстѣ съ разрушеніемъ старой программы у Іеринга слагалось и собственное воззрѣніе, съ отдѣльными чертами кото-

---

[1]) Іерингъ вновь воздаетъ должное естественному праву, которое, въ правильномъ сознаніи этой черты новаго времени, провозглашало свое ученіе о независимой отъ колебаній времени и мѣста всеобщности права. Въ этомъ отношеніи, говоритъ, онъ, естественно-правовая школа была столь же близка къ ходу новой исторіи, сколько историческая отъ него удалена (Geist... I, S. 11).

[2]) Geist... I, SS. 3—12.

[3]) См. выше, стр. 88, прим. 3. Ср. также стр. 109, прим. 5.

раго мы могли уже ознакомиться изъ предшествующаго изложенія. Центральными пунктами этого воззрѣнія являлись, во-первыхъ, утвержденіе, что развитіе права совершается чрезъ противорѣчія и борьбу, во-вторыхъ, мысль о томъ, что юридическія нормы создаются сознательной дѣятельностью человѣка. Оба эти положенія скрывали за собой одно и то же общее стремленіе, которое заставляетъ насъ характеризовать историческую теорію Іеринга, какъ прогрессивную,—стремленіе подчеркивать въ идеѣ развитія признакъ измѣнчивости, моментъ созиданія новыхъ формъ, для реализаціи которыхъ требуются сознательное творчество и борьба.—Но сознательная работа мысли и борьба за добытые ею результаты являются лишь средствами или орудіями историческаго движенія. Для того, чтобы прійти въ дѣйствіе, они нуждаются въ соотвѣтствующихъ стимулахъ. Такими стимулами служатъ интересы и цѣли людей.

Къ подобному формулированію своихъ взглядовъ Іерингъ пришелъ еще въ первомъ изданіи «Духа римскаго права». Здѣсь уже онъ утверждалъ, что объясненія юридическихъ институтовъ слѣдуетъ искать въ цѣляхъ и потребностяхъ времени [1]), что право является продуктомъ дѣятельности человѣческой, «приводимой въ движеніе жизненной необходимостью и давленіемъ обстоятельствъ и руководимой мотивами цѣлесообразности» [2]). Изученіе римскаго права, о которомъ Іерингъ выражался, что всѣ его понятія движутся въ трезвой и прозаической сферѣ понятія цѣли [3]), подтверждало въ его глазахъ эти положенія. Онъ заканчивалъ третій томъ своего произведенія выводами, что послѣдними основаніями римскихъ правовыхъ понятій, какъ и субстанціональнымъ момен-

---

[1]) Geist... I, S. 50 (41).

[2]) ibid. S. 235 (229).

[3]) ibid. SS. 265 (это выраженіе беру изъ послѣдующихъ изданій, въ первомъ его нѣтъ, ср. S. 256), 322—324 (295—297). Интересно отмѣтить, что въ данномъ случаѣ Іерингъ цитируетъ Гегеля, см. Note 225, S. 322 (295). При характеристикѣ римскихъ учрежденій онъ не разъ ссылается на знаменитаго философа; такъ, напр., на стрр.: 99—100 (95—96), 264 (254). Но, повторяю, трудно сказать, являлся ли авторитетъ Гегеля исходнымъ и опредѣляющимъ моментомъ въ развитіи взглядовъ нашего писателя или же онъ служилъ лишь позднѣйшимъ подтвержденіемъ идей, выработанныхъ имъ самостоятельно.

томъ субъективнаго права вообще [1]) является практическое понятіе интереса. Точно также въ сочиненіи «Kampf um's Recht» онъ развивалъ положеніе, что чувство права въ каждомъ обществѣ и въ каждомъ общественномъ классѣ тѣсно связано съ жизненными условіями и цѣлями ихъ существованія [2]). Такъ постепенно онъ утверждался въ мысли, которая сдѣлалась господствующей идеей его исторической теоріи. «Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts» — таково было краткое выраженіе этой идеи, доказательству которой Іерингъ посвятилъ широко-задуманное произведеніе «Цѣль въ правѣ», достигшее объема двухъ томомъ и все-таки оставшееся незаконченнымъ [3]).—Мы переходимъ здѣсь къ третьей и послѣдней стадіи въ развитіи взглядовъ изучаемаго писателя.

4. Телеологическое воззрѣніе. Теорія общественнаго утилитаризма.

Для того, чтобы составить себѣ правильное представленіе о телеологическомъ воззрѣніи Іеринга, слѣдуетъ помнить исходные пункты его мышленія. Отреченіе его отъ органической теоріи было вызвано наблюденіемъ, что право нигдѣ не является непосредственнымъ откровеніемъ народнаго духа, но создается тяжелой работой мысли, отвѣчающей на запросы времени. Отрицаніе врожденности правовыхъ понятій и непроизвольности ихъ раскрытія шло рука объ руку съ утвержденіемъ, что факторами правообразованія служатъ сознательныя цѣли, преслѣдуемыя людьми. Телеологическое воззрѣніе явилось, такимъ образомъ, на смѣну органической теоріи. Отвергнувъ сопоставленіе права съ природ-

---

[1]) Geist... III, SS. 324 и 339 ff.—Изъ всѣхъ, проводимыхъ мною здѣсь цитатъ, видно, что Іерингъ пришелъ къ понятію цѣли на почвѣ наблюденій надъ историческими явленіями. Едва ли можно согласиться, поэтому, съ мнѣніемъ Зоммера, который находитъ въ воззрѣніи Іеринга „mehr theoretische Schwärmerei, als realistische Denkart". (Preus. Jahrb. Bd. XLIV, S. 548).

[2]) Kampf... S. 20 ff.

[3]) Первый томъ этого сочиненія вышелъ первымъ изданіемъ въ 1877 г., третьимъ въ 1893; второй появился въ 1883 году и затѣмъ вновь былъ изданъ въ 1886. Оба тома я цитирую по послѣднимъ изданіямъ.

нымъ организмомъ, безсознательно возникающимъ и растущимъ, Іерингъ не могъ возвратиться и къ механическому пониманію, видѣвшему въ правѣ результатъ случайныхъ желаній человѣка измѣнчивый, какъ эти желанія, способный въ любой моментъ принимать любую форму. Право, по его воззрѣнію, не организмъ и не механизмъ, а продуктъ цѣли (Zweckschöpfung). Оно не даръ природы, но и не результатъ случая: «der Zufall nichts, der Zweck alles hat gemacht» [1]).

Сочиненіе, въ которомъ Іерингъ развилъ свою телеологическую точку зрѣнія, начинается съ опредѣленія понятія цѣли. Приведемъ здѣсь общія мысли писателя, въ видахъ дальнѣйшаго разъясненія его взглядовъ [2]).

По ученію о достаточномъ основаніи ничто въ мірѣ не происходитъ само собой, но все происходящее, т. е. всякое измѣненіе въ чувственномъ мірѣ, есть послѣдствіе другого предшествующаго ему измѣненія, безъ котораго оно не могло бы наступить. Этотъ законъ, обыкновенно обозначаемый, какъ законъ причинности, существуетъ также и для воли. Безъ достаточнаго основанія движеніе воли столь же немыслимо, какъ и движеніе матеріи. Но тогда какъ въ природѣ это достаточное основаніе имѣетъ характеръ механическій и является причиной, causa efficiens, въ отношеніи къ волѣ оно пріобрѣтаетъ характеръ психологическій и

---

[1]) Въ этомъ пунктѣ Іерингъ примыкаетъ къ тому новому теченію въ общественной наукѣ, которое стремится исправить недостатки органической теоріи. Понятіе „договорнаго организма“ у Фулье, указаніе на психическую природу общества у Шеффле, отнесеніе государства къ разряду телеологическихъ единствъ у Іеллинека, все это признаки утвержденія въ наукѣ новой точки зрѣнія, являющейся, несомнѣнно, такимъ же прогрессомъ мысли по отношенію къ органической теоріи, какимъ эта послѣдняя была въ свое время по сравненію съ механическимъ взглядомъ. См. и въ нашей литературѣ любопытную попытку новаго опредѣленія общества въ книгѣ Коркунова, Лекціи по общей теоріи права, изд. 1886 г., стрр. 167—190, III изд.. 183—209.

[2]) Kühnast въ сочиненіи своемъ „Kritik moderner Rechtsphilosophie“ (Berlin 1887), излагая ученіе Іеринга, дѣлаетъ рядъ любопытныхъ замѣчаній о понятіи цѣли у различныхъ философовъ, начиная отъ Лейбница и до Аренса (SS. 26—31). Особенность Іеринга состояла въ томъ, что онъ понималъ цѣль не въ качествѣ внутренняго начала развитія, а въ смыслѣ измѣнчиваго продукта внѣшнихъ обстоятельствъ. Ср. ниже, стр. 158.

становится цѣлью, causa finalis. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ механическимъ закономъ причинности, во второмъ—съ психологическимъ. Для краткости и для указанія специфическаго характера этого послѣдняго вида закона причинности Іерингъ просто называетъ его закономъ цѣли (Zweckgesetz), условно обозначая механическую причинность именемъ Causalitätsgesetz въ узкомъ смыслѣ слова.—Законъ причинности въ этомъ послѣднемъ смыслѣ гласитъ: нѣтъ дѣйствія безъ причины; законъ цѣли—нѣтъ хотѣнія или, что то же, нѣтъ поступка безъ цѣли. При дѣйствіи закона причинности предметъ остается страдательнымъ; проявленіе закона цѣли указываетъ намъ на существо дѣятельное, приводимое имъ въ движеніе. Причина относится къ прошлому, цѣль къ будущему: она состоитъ въ представленіи объ извѣстномъ будущемъ, которое воля намѣрена осуществить. Какъ опредѣляющее основаніе, она принадлежитъ, конечно, настоящему и предшествуетъ опредѣляемому имъ дѣйствію; но содержаніе представленія, являющагося побудительнымъ мотивомъ, образуется мыслью о будущемъ, котораго дѣйствующій хочетъ достигнуть [1]).

Обусловливаясь цѣлью, воля остается свободной отъ дѣйствія закона (механической) причинности. Это не значитъ, чтобы она была недоступна для внѣшнихъ вліяній; но они не могутъ воздѣйствовать на неё иначе, какъ превращаясь въ психологическіе мотивы. Вотъ почему законъ цѣли имѣетъ здѣсь безусловное примѣненіе. Если мы и говоримъ иногда о причинахъ извѣстныхъ дѣйствій, то это не болѣе, какъ особый способъ выраженія, за которымъ можно обнаружить указаніе на соотвѣтствующую цѣль. Даже въ дѣйствіяхъ непреднамѣренныхъ и безсознательныхъ скрываются свои цѣли,—какъ, напримѣръ, въ дѣйствіяхъ привычныхъ, которыхъ первоначальная цѣль перестаетъ сознаваться впослѣдствіи.

Проявляясь во внѣшнемъ мірѣ, воля выходитъ изъ собственной области и вступаетъ въ царство закона причинности, вслѣдствіе чего и подпадаетъ подъ его вліяніе. Успѣхъ внѣшнихъ проявленій воли зависитъ отъ знанія природныхъ законовъ, съ ко-

[1]) Zweck... I, SS. 3—5 и 10.

торыми она и должна сообразоваться. Но сама по себѣ она остается свободной въ отношеніи къ природѣ и подчиняется не ея закону, а своему собственному. Поэтому она является истинно творческой, т. е. изъ себя созидающей силой въ мірѣ. Такова она въ Богѣ; такова, по образу его, и въ человѣкѣ. Пружиной этой силы является цѣль. Въ этомъ понятіи цѣли заключается человѣкъ, человѣчество, исторія. Оно проводитъ грань между двумя мірами: человѣческимъ и природнымъ [1]).

Таковы исходныя положенія Іерингговой телеологіи. Для того, кто знакомъ съ предшествующимъ развитіемъ взглядовъ писателя, не трудно понять значеніе этихъ новыхъ его разсужденій. Мы встрѣчаемся здѣсь, очевидно, съ философской попыткой автора найти основанія для его старой идеи о сознательномъ характерѣ историческаго процесса, въ которомъ волѣ человѣческой принадлежитъ творческая роль. Вводя мысль Іеринга въ надлежащія границы, мы можемъ отмѣтить въ ней вполнѣ законное стремленіе разграничить причинность внутреннюю и внѣшнюю. Въ иныхъ терминахъ то же самое разграниченіе извѣстно намъ изъ «Логики» Милля [2]). Утвержденіе Дана, будто бы Іерингъ, устанавливая особый законъ цѣли, допускалъ отступленіе отъ закона причинности [3]), основано на чисто словесномъ недоразумѣніи. Дѣло въ томъ, что Іерингъ раздѣлялъ законъ причинности на два вида, сообразно съ двоякимъ характеромъ его проявленія. Такимъ образомъ онъ различалъ причинность механическую и психологическую. Въ дальнѣйшемъ изложеніи онъ условно относилъ терминъ: Causalitätsgesetz къ зависимости механической; психологическія же

---

[1]) ibid. SS 11—25.

[2]) См. т. II, кн. VI, гл. II (о свободѣ и необходимости). Выдѣляя человѣческія дѣйствія (по отношенію къ закону причинности) въ особый разрядъ явленій, Милль говоритъ: „они никогда (за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ маніи) не управляются какимъ-нибудь мотивомъ такъ абсолютно, чтобы не допускать вліянія другихъ мотивовъ... Причины, отъ которыхъ зависитъ дѣйствіе, никогда не бываютъ непреодолимы“ (§ 3). Въ отношеніи къ волѣ Милль отвергаетъ примѣненіе понятія непреодолимости. Въ этомъ смыслѣ и онъ могъ бы сказать, подобно Іерингу, что воля не подчиняется закону внѣшней механической причинности.

[3]) Die Vernunft im Recht. SS. 17—18.

явленія подводилъ подъ дѣйствіе спеціальнаго закона цѣли, что не мѣшало ему, однако, видѣть и въ этомъ послѣднемъ законѣ только частное подраздѣленіе болѣе общаго закона причинности [1]).

Точно также должно быть признано преувеличеннымъ и другое замѣчаніе Дана, будто бы Іерингъ не принималъ во вниманіе условій образованія цѣлей. Въ «Zweck im Recht» можно найти совершенно ясныя указанія на то, что возникновеніе цѣлей въ человѣческой душѣ обусловливается, какъ индивидуальными особенностями субъекта, такъ и внѣшними вліяніями [2]). Въ другомъ своемъ сочиненіи Іерингъ очень удачно выразился, что понятіе цѣли составляетъ лишь «второй членъ въ идеѣ причинности» (das zweite Glied des Causalitätsgedankens) [3]). Это было краткимъ и яснымъ разрѣшеніемъ всѣхъ недоразумѣній, которыя въ данномъ случаѣ могутъ возникнуть.

Минуя частности и подробности въ развитіи взглядовъ Іеринга на понятіе цѣли, я ограничусь характеристикой тѣхъ сторонъ его телеологіи, которыя имѣютъ спеціальное отношеніе къ предмету нашего изложенія. Намъ важно опредѣлить точнѣе и подробнѣе, какое значеніе имѣла идея цѣли для его теоріи правообразованія.

Какъ я замѣтилъ уже выше, телеологическое ученіе давало Іерингу опору для его представленія о дѣятельномъ участіи сознанія и воли человѣка въ историческомъ развитіи. Съ помощью этого ученія устранялось старое смѣшеніе процесса правообразованія съ органическими процессами природы. Въ дѣйствіи закона цѣли Іерингъ нашелъ специфическую черту историческихъ явленій, отличающую ихъ отъ природныхъ. Отсюда объяснялась и борьба за право, сопровождающая его развитіе и возникающая изъ противорѣчія цѣлей, приходящихъ въ столкновеніе. Съ этой точки зрѣнія, образованіе права естественно должно было казать-

[1]) Zweck... I, S. 4.

[2]) ibid. S. 11. Ср. также Entwicklungsgeschichte, S. 29.—Данъ въ своемъ возраженіи Іерингу (Die Vernunft im Recht, S. 17) не говорилъ ничего иного, за исключеніемъ развѣ того, что онъ приписывалъ принудительное значеніе условіямъ, опредѣляющимъ цѣли. Но это было, по меньшей мѣрѣ, не точно: какъ вѣрно замѣтилъ Милль, понятіе непреодолимости къ этой области непримѣнимо.

[3]) Entwicklungsgeschichte, S. 30.

ся «результатомъ борьбы интересовъ, а не дѣломъ простого познанія» [1]).

Съ другой стороны, понятіе цѣли давало Іерингу возможность противопоставить нативистической теоріи Савиньи, какъ и всякимъ нативистическимъ теоріямъ вообще, свое *историческое* воззрѣніе. «Nicht die Natur, sondern die Geschichte ist die Urheberin des Sittlichen»,—таково было основное положеніе этого воззрѣнія. Мнѣніе объ историческомъ происхожденіи нашихъ нравственныхъ понятій, говоритъ Іерингъ, уже около двухсотъ лѣтъ тому назадъ, защищалось Локкомъ въ его извѣстномъ сочиненіи «О человѣческомъ разумѣ» (1690 г.) Но его открытіе, представляющее въ моихъ глазахъ одинъ изъ величайшихъ подвиговъ человѣческаго духа въ теченіе всей міровой исторіи, прошло безслѣдно для позднѣйшей этики и философіи права. Причину безуспѣшности открытія Локка я могу видѣть лишь въ томъ, что онъ, сообразно съ своей задачей (критики человѣческой способности познанія), ограничился однимъ отрицательнымъ утвержденіемъ, что нравственныя начала не врождены человѣку, не представивъ *положительныхъ* указаній относительно того, какъ и откуда человѣчество ихъ получаетъ. *Съ этой стороны понятіе цѣли можетъ восполнить его изслѣдованіе* [2]).—Въ послѣдовательномъ проведеніи этой мысли, продолжаетъ Іерингъ, я пришелъ къ убѣжденію, что всѣ безъ исключенія правовыя положенія и учрежденія обязаны своимъ происхожденіемъ практическимъ мотивамъ, всѣ они являются отложеніями историческаго опыта. Ни одно правовое понятіе, какъ бы элементарно оно ни было, не предначертано намъ прирожденнымъ правовымъ чувствомъ. Только опытъ научилъ человѣка, что онъ не долженъ убивать, грабить, воровать, что иначе невозможно общежитіе. Подобно тому какъ природа не научила его дѣлать обувь, платье, дома, корабли, она не дала ему указаній и для образованія необходимыхъ юридическихъ установленій. Весь нравственный порядокъ есть продуктъ исторіи, или точнѣе, продуктъ понятія цѣли,—результатъ неустанной дѣятельности человѣческаго разума, который, удовлетворяя данныя потребности, этимъ самымъ

[1]) См. Zweck... I, 257.
[2]) Zweck... II, SS. 108—111.

подготовлялъ почву для новыхъ потребностей и цѣлей. Въ дѣйствительности цѣль имѣетъ ту способность, которую Гегель приписывалъ въ своей діалектикѣ понятію: она постоянно испускаетъ изъ себя новыя цѣли и представляетъ собою perpetuum mobile всемірной исторіи [1]).

Мы имѣемъ здѣсь собственныя разъясненія Іеринга относительно значенія для него идеи цѣли. Въ этой идеѣ заключалась положительная сторона его теоріи. Не ограничиваясь одной критикой органическаго ученія и отрицаніемъ прирожденнаго правового чувства, онъ постарался дать прямыя указанія относительно характера историческаго развитія. Такъ пришелъ онъ къ утвержденію, что право создается не природой и не случаемъ, а разумной цѣлью. Съ этой точки зрѣнія онъ и разсматриваетъ въ своемъ сочиненіи всѣ соціальныя учрежденія: онъ показываетъ, какъ цѣль личнаго самосохраненія включаетъ въ себѣ потребность имущества, какъ для охраны личности и имущества требуется установленіе права и государства, какъ во всѣхъ этихъ областяхъ подъ вліяніемъ практическихъ цѣлей постепенно выработываются и совершенствуются учрежденія общественной жизни [2]). Во второмъ томѣ «Zweck im Recht» Іерингъ проводитъ ту мысль, что даже въ явленіяхъ, повидимому, совершенно предоставленныхъ игрѣ случая, какъ, напримѣръ, въ образованіи модъ и приличій, можно обнаружить все то же дѣйствіе разумныхъ цѣлей [3]). Показать послѣдовательное раскрытіе цѣли въ исторіи, возстановить цѣпь практическихъ мотивовъ, породившихъ право и государство, мо-

---

[1]) ibid. II, SS. 112—113, Ср. I, SS. 440—441, а также Entwicklungsgesch. SS 19 и 28.

[2]) Замѣчу здѣсь, что, по мысли Іеринга, понятіе цѣли должно утилизироваться въ политикѣ, исторіи, философіи права, но никакъ не въ догмѣ. Юристъ можетъ привлекать это понятіе для разъясненія природы и практическихъ функцій изучаемыхъ имъ институтовъ, но онъ не долженъ вносить его въ свои опредѣленія (Geist... II, 2, S. 364; Ср. также Geist... II, 1, SS. 140 и 295). Іерингъ совершенно ясно различаетъ формально-юридическую точку зрѣнія отъ соціально-политической и историко-философской (Geist... III, SS. 327—328, еще яснѣе Zweck... I, SS. 71, 338 и друг.).

[3]) Доказательству этой мысли посвященъ почти весь второй томъ сочиненія; въ частности, формулированіе ея можно найти въ слѣдующихъ мѣстахъ: Vorrede XVII, SS. 559—560, 634 и друг. Bd. II.

раль и нравы—такова была задача его телеологіи, которую онъ называлъ иногда діалектикой цѣли (eine Zweckdialektik), противопоставляя её Гегелевой діалектикѣ понятія [1]). Само собою разумѣется, что Іерингъ, въ отличіе отъ Гегеля, понималъ основное начало своей діалектики не въ качествѣ единаго принципа, изводящаго изъ себя все новыя и новыя опредѣленія подъ вліяніемъ внутренней необходимости, а въ смыслѣ измѣнчиваго продукта внѣшнихъ обстоятельствъ, среди которыхъ человѣку приходится жить и дѣйствовать. Такой характеръ его телеологіи обусловливался ея основной задачей объяснить происхожденіе нравственности и права, помимо какихъ-либо нативистическихъ предположеній. Въ этомъ отношеніи Іерингъ шелъ такъ далеко, что отрицалъ не только прирожденность готовыхъ понятій, но и всякіе первоначальные задатки нравственности. Весь нравственный міръ есть продуктъ исторіи и человѣческаго творчества. Историзмъ Іеринга въ этомъ утвержденіи находитъ самое характерное свое выраженіе.

Дальнѣйшее разъясненіе его взглядовъ на происхожденіе нравственныхъ и юридическихъ понятій мы находимъ въ теоріи общественнаго утилитаризма, являющейся естественнымъ завершеніемъ его телеологіи. По взгляду Іеринга, цѣли, ведущія къ созданію нравственнаго міра, имѣютъ общественный характеръ. Общество является той средой, въ которой человѣкъ воспитывается къ нравственности. Эгоистъ по природѣ, онъ превращается въ нравственное существо, только подъ вліяніемъ условій общественной жизни. Общество служитъ источникомъ всего нравственнаго: оно порождаетъ не только нравственныя нормы, но также нравственное чувство и нравственное настроеніе [2]). На этомъ основаніи Іерингъ называлъ свою теорію историко-общественной, желая первой частью даннаго обозначенія указать на противоположность своихъ взглядовъ нативистическимъ, а второй—отмѣтить среду развитія нравственности и права.

Благопріятствующимъ условіемъ для нравственнаго воспитанія человѣка является связь его личныхъ цѣлей съ чужими интересами.

---

[1]) Zweck... I, SS. 97–98, 237.

[2]) ibid. II, SS. 118–120.

Совпаденіе цѣлей и интересовъ отдѣльныхъ лицъ даетъ возможность обществу найти доступъ къ природному эгоизму человѣка и обуздать его въ своихъ видахъ [1]). Такъ возникаетъ сложная система нравственныхъ и юридическихъ нормъ, налагаемыхъ на личность средой. Все это общественные императивы, охраняющіе жизненныя условія существованія общества [2]). Съ этой точки зрѣнія общественно-полезное и нравственное—одно и тоже. Моментъ общественной пользы является здѣсь рѣшающимъ [3]).

Не трудно видѣть, что вся эта историко-общественная теорія оставляетъ мѣсто для серьезныхъ сомнѣній. Начать съ того, что полное отрицаніе нравственныхъ задатковъ въ человѣкѣ едва ли способно подвинуть насъ въ пониманіи сложной и трудной проблеммы возникновенія морали и права. Мысль, что нравственность выросла изъ ничего, на сухой почвѣ эгоистическихъ стремленій, является такой же крайностью, какъ и утвержденіе, будто бы человѣкъ получилъ отъ природы готовыя нравственныя понятія. Не говорилъ ли самъ Іерингъ, дѣлая въ этомъ случаѣ уступку своимъ критикамъ, что и животнымъ знакомы мотивы сохраненія рода, несводящіеся къ самосохраненію [4])? И не настаивалъ ли онъ въ началѣ своего сочиненія на несводимости къ эгоизму самоотреченія [5])?—Съ другой стороны, точка зрѣнія общественной пользы, внося видимую простоту въ нравственные вопросы, упускала, однако, изъ вида возможность конфликтовъ общаго блага и требованій личности,—конфликтовъ, въ которыхъ нравственное чувство наше далеко не всегда становится на сторону общества.—Наконецъ, хотя утилитаризмъ Іеринга и не узко-матеріальный,—такъ какъ онъ въ числѣ интересовъ, охраняемыхъ нравомъ, упоминаетъ и идеальные [6]), однако онъ слишкомъ настаиваетъ на эгоистической и практической подпочвѣ всѣхъ нрав-

---

[1]) ibid. I, Кар. III, особ. SS. 37 и 46.

[2]) Zweck... II, SS. 103—104. Въ отношеніи къ праву см. развитіе этой мысли въ перв. томѣ Zweck... S. 435 ff.

[3]) ibid. II, SS. 210—214.

[4]) ibid. I, S. 32. Это допущеніе дѣлается Іерингомъ лишь во второмъ изданіи: въ первомъ онъ высказывался иначе.

[5]) ibid. I, Кар. IV, особ. SS. 54—55.

[6]) ibid. I, SS. 74 и особенно 444.

ственныхъ опредѣленій. Право, справедливость, нравственность, все это характеризуется имъ по преимуществу, съ практической стороны. Весь моральный порядокъ является въ его глазахъ системой общественнаго эгоизма, а нравственное поведеніе лица самоограниченіемъ силы, повинующейся собственному интересу. Понятіе нравственнаго сводится здѣсь къ понятію цѣлесообразнаго. Вслѣдствіе этого, теорія Іеринга вызываетъ противъ себя всѣ тѣ упреки, какіе обыкновенно дѣлаются противъ утилитаризма [1]). Не скрываются ли за временными и измѣнчивыми соображеніями цѣлесообразности болѣе глубокія основанія нравственныхъ началъ? Не опредѣляется ли самая польза, польза истинная и прочная, естественнымъ соотношеніемъ вещей и природными свойствами человѣческаго духа? Эти вопросы не возникаютъ для Іеринга. А между тѣмъ результаты развитія, достигнутые человѣчествомъ, онъ считалъ настолько неизбѣжными, что если бы, по его словамъ, исторія возобновлялась сотню и тысячу разъ, люди всегда приходили бы къ тому же пункту, на которомъ мы находимъ ихъ теперь [2]). Не заключалось ли въ этомъ извѣстнаго сближенія съ иными взглядами, расширяющими рамки узкаго утилитаризма?

Подводя итоги предшествующаго изложенія, мы должны прійти къ выводу, что телеологическая точка зрѣнія, развиваемая Іерингомъ, представляя собою реакцію противъ крайностей органической доктрины, сама заключала въ себѣ извѣстныя крайности, свойственныя всякой реакціи. Являясь законнымъ протестомъ противъ ученій о непроизвольности историческаго развитія и прирожденности нравственныхъ нормъ, теорія Іеринга слишкомъ односторонне подчеркнула идею творчества человѣческаго, создающаго будто бы весь міръ нравственности и права изъ ничего.—Іерингъ не успѣлъ докончить своего сочиненія и издать третій его томъ,

---

[1]) См. къ этому Чичерина, Собственность и государство, ч. 1, стр. 44 слл. и Lasson'a (Philos. Monatsh. Bd. XXI (1885). S. 128 ff.). Ср. также Eck, Zur Feier des Gedächtn. v. B. Windscheid und R. v. Jhering, S. 35 и Merkel, R. v. Jhering, SS. 32—33. Послѣдній изъ названныхъ писателей отдаетъ предпочтеніе общественному утилитаризму надъ индивидуалистическимъ (SS. 29—30), но и онъ находитъ недостатки въ системѣ Іеринга.

[2]) Zweck... I, SS. 241—242, а также XII—XIV.

въ которомъ онъ хотѣлъ продолжить анализъ этическихъ началъ [1]). Быть можетъ, мы нашли бы здѣсь новыя видоизмѣненія его взглядовъ. Въ томъ видѣ, въ какомъ они доступны нашему изученію теперь, эти взгляды всегда будутъ оставлять мѣсто для сомнѣній и недоразумѣній.

Изложивъ существенныя черты исторической теоріи Іеринга, я долженъ теперь опредѣлить отношеніе его къ естественному праву.

5. Отношеніе Іеринга къ естественному праву.

Являясь реакціей противъ органическаго воззрѣнія, телеологическая теорія Іеринга необходимо должна была воскресить извѣстные элементы философіи XVIII вѣка, отрицаніе которой послужило точкой исхода для Савиньи. Признаніе личнаго творчества, чутьё универсальныхъ началъ, философскіе интересы и прогрессивныя стремленія, всё это сближало Іеринга съ старымъ ученіемъ естественнаго права, законныя тенденціи котораго онъ и самъ склоненъ былъ иногда указывать [2]). Однако, всѣ элементы старой философіи вставляются Іерингомъ въ рамки историческаго созерцанія и вслѣдствіе этого лишаются своей отвлеченной прямолинейности. Личное творчество получаетъ у него значеніе необходимаго фактора исторіи, не отрицающаго, а направляющаго ея теченіе, сообразно съ условіями общей закономѣрности; универсальныя начала приводятся въ связь съ конкретнымъ историческимъ развитіемъ; прогрессивныя стремленія находятъ опору въ пониманіи реальныхъ процессовъ, чрезъ которые совершается образованіе права; философскіе интересы соединяются съ историческимъ изслѣдованіемъ.

---

[1]) Zweck... II, Vorrede S. XXI

[2]) См. напр., цитированныя уже выше (стрр. 130 и 140) мѣста изъ „Духа римск. пр.“ (I, SS. 11 и 224). Приведу здѣсь еще очень характерную выдержку изъ „Zweck im Recht“ (I. S. 238), гдѣ Іерингъ говоритъ: „Es gehört den Naturrechtslehrern zum Ruhm, dasz sie sich bei der blossen Thatsächlichkeit des Rechts und Staates nicht beruhigten, sondern sich die Frage aufwarfen: woher beide?“ Упрекая естественное право за пренебреженіе къ исторіи, Іерингъ находитъ, однако, что его основная проблемма нисколько не устранена послѣдующимъ развитіемъ науки (ibid).

Отреченіе отъ органической теоріи, смѣшивавшей нравственныя явленія съ природными, приводитъ Іеринга къ ясному сознанію особенностей развитія историческихъ установленій, въ которыхъ не все можетъ быть оправдываемо съ нравственной точки зрѣнія. Критическое отношеніе къ исторіи, представляющее душу естественно-правовой философіи, встрѣчаетъ насъ и у Іеринга. Онъ хорошо понималъ, что человѣческія учрежденія подвержены несовершенству, какъ сами люди, ихъ создающіе, что исторія не всегда находится въ согласіи съ идеей права. «Идея права»! восклицаетъ онъ однажды: «съ этимъ словомъ предстаетъ предъ нами величайшая и труднѣйшая проблемма всей юриспруденціи, ибо за нимъ скрывается мысль о расчетѣ науки съ правомъ, съ его задачей на землѣ, съ его положеніемъ въ предѣлахъ нравственнаго міра, скрывается и критика всей его предшествующей исторіи» [1]). — Мы видимъ, что нашъ авторъ говоритъ новымъ языкомъ, незнакомымъ прежней исторической школѣ. Разсматривая конкретныя историческія явленія, онъ нерѣдко открываетъ въ нихъ прегрѣшенія противъ идеи права или противъ назначенія человѣка [2]). Онъ производитъ свое изслѣдованіе въ ясномъ сознаніи идеала, который долженъ осуществляться въ исторіи. Ближайшее опредѣленіе этого идеала не было одинаково у Іеринга въ различныя стадіи его развитія; но сознаніе высшихъ началъ, долженствующихъ служить руководствомъ для права, не покидало его никогда.

Въ «Духѣ римскаго права», подъ вліяніемъ древне-римскихъ образцовъ, онъ ставилъ во главу угла самоопредѣленіе личности. Съ пафосомъ истиннаго свободолюбія и съ классической силой выраженія онъ восхвалялъ здѣсь римскую «систему свободы» [3]), какъ «абсолютный идеалъ, къ которому каждый народъ долженъ стремиться» [4]). Признаніе права самоопредѣленія, говорилъ онъ, есть высшее требованіе, которое мы ставимъ праву. Способъ и размѣръ выполненія этого требованія указываютъ намъ, въ ка-

---

[1]) Geist... II, 1, S. 23.

[2]) См. напр., Geist... II, 1, SS. 24, 70, 129, 233.—Kampf... SS. 74, 92.

[3]) См. въ особенности Geist... II, 1, §§ 24 и 30.

[4]) ibid. § 30, S. 131.

кой мѣрѣ каждая положительная система поняла и воплотила истинное существо права. Высшая задача состоитъ въ томъ, чтобы найти границы и установить равновѣсіе между отдѣльными лицами и общественными группами, которыя надъ ними возвышаются. Историческій опытъ показываетъ, что равновѣсіе это часто нарушается то въ ту, то въ другую сторону. То преобладаетъ сила государственной власти, то индивидуальная свобода. Первая крайность ведетъ «къ несамостоятельности права»; вторая—какія бы опасности и бѣдствія она съ собой ни приносила, все-же остается вѣрной высшей идеѣ права, согласно съ которой человѣкъ можетъ имѣть притязаніе на извѣстную сферу, гдѣ волѣ и разумѣнію его принадлежало бы рѣшающее вліяніе [1]).—Значеніе правовой свободы, разъясняетъ Іеринъ въ другомъ мѣстѣ, опредѣляется не матеріальными ея результатами, а нравственнымъ ея призваніемъ. Какъ чистое отрицаніе, какъ состояніе независимости извнѣ, она не имѣетъ еще нравственнаго оправданія: послѣднее дается ей тѣмъ обстоятельствомъ, что она служитъ условіемъ для дѣйствія воли человѣческой, какъ положительной творческой силы. Воля есть творчески-созидающій органъ личности; въ проявленіи этой созидающей силы человѣкъ возвышается къ Богоподобію. Чувствовать себя творцомъ хотя бы самаго малаго міра, отражаться въ своемъ твореніи, какъ въ такомъ, которое не существовало до него и только чрезъ него получило свое бытіе,—вотъ что даетъ человѣку сознаніе своего достоинства и чувство своего подобія Богу... Развивать эту творческую дѣятельность есть высочайшее право человѣка и необходимое средство для его нравственнаго самовоспитанія. Оно предполагаетъ свободу,—а слѣдовательно и возможность злоупотребленій ею,—такъ какъ нашимъ твореніемъ можно считать только то, что свободно вытекаетъ изъ нашей личности. Принуждать человѣка къ доброму, разумному и т. д. не столько потому есть прегрѣшеніе противъ его назначенія, что такимъ образомъ ему преграждается выборъ противоположнаго, сколько потому что у него отнимается возможность дѣлать добро по собственному побужденію [2]).—Обезпеченность существованія откры-

[1]) ibid., § 24, S. 25.
[2]) ibid. § 30, SS. 128—129.

вается для воли только въ государствѣ, которое обязано, поэтому, признавать и охранять ея творческое призваніе, въ видѣ юридической власти и свободы. Но въ какихъ предѣлахъ? Опытъ показываетъ вездѣ существованіе законныхъ ограниченій свободы... Что государство безспорно имѣетъ право на подобное вмѣшательство, объ этомъ не стоитъ въ наше время тратить словъ. Но какъ далеко простирается это право? Если государство можетъ возводить въ законъ все, что ему кажется добрымъ, нравственнымъ и цѣлесообразнымъ, то для этого права нѣтъ границъ, и выведенное выше право личности подвергается сомнѣнію; движеніе, которое государство ей предоставляетъ, имѣетъ тогда характеръ простой уступки, подарка изъ милости. Этотъ взглядъ на всепоглощающее и все вновь изъ себя производящее всемогущество государства, несмотря на блестящіе покровы, въ которые онъ такъ охотно любитъ облекаться, несмотря на громкія фразы о народномъ благѣ, о преслѣдованіи объективныхъ принциповъ, о нравственномъ законѣ, — этотъ взглядъ остается истиннымъ порожденіемъ произвола, теоріей деспотизма, все равно кѣмъ бы онъ ни проводился, народнымъ собраніемъ или абсолютнымъ монархомъ. Принятіе его означало бы для личности измѣну противъ себя самой и противъ своего нравственнаго назначенія,—нравственное самоубійство. Личность съ своимъ правомъ на свободную творческую дѣятельность существуетъ не менѣе Божіей милостью, чѣмъ государство; и это не только право, но и священная обязанность каждаго утверждать и осуществлять это правомочіе [1]).

Со времени философовъ XVIII вѣка едва ли произносились слова болѣе краснорѣчивыя въ защиту «правъ человѣка и гражданина». Въ мѣткихъ и удачныхъ выраженіяхъ Іерингъ раскрываетъ намъ высшее назначеніе юридической свободы — служить преддверіемъ къ нравственному совершенствованію. Понятно, что онъ считалъ идею свободы абсолютнымъ идеаломъ правообразованія. Съ точки зрѣнія этой идеи онъ находилъ также противорѣчащимъ существу права, чтобы какія-либо учрежденія санкціонировались навсегда, чтобы настоящее налагало на будущее вѣчныя и нерасторжимыя узы, нанося, такимъ образомъ, ущербъ

[1]) ibid. SS. 129—130.

свободѣ и ея естественному развитію [1]).—Всѣ эти взгляды являлись результатомъ принципіальнаго и критическаго отношенія къ исторіи. Тотъ историзмъ, который проповѣдуетъ безусловное уваженіе къ прошлому, всего менѣе былъ въ духѣ Іеринга и казался ему прегрѣшеніемъ противъ идеи права [2]).—Такова была его первоначальная точка зрѣнія.

Въ другомъ крупномъ его произведеніи,—я разумѣю здѣсь «Zweck im Recht»,—соотвѣтствовавшемъ позднѣйшей стадіи его развитія, мы находимъ существенное измѣненіе прежнихъ взглядовъ на задачи права. Альфой и омегой всего нравственнаго міра Іерингъ призналъ здѣсь общественное благо, и соотвѣтственно съ этимъ объявилъ конечной цѣлью права обезпеченіе условій жизни общества. Индивидуальное развитіе со степени верховнаго критерія общественнаго устройства было низведено до значенія одного изъ многихъ интересовъ, которыхъ охрана требуется общей пользой. Либеральная теорія уступила мѣсто доктринѣ государственнаго соціализма. Однако, это измѣненіе въ опредѣленіи высшаго правового принципа нисколько не устранило характера принципіальности, свойственнаго Іерингову взгляду на право. Прогрессивныя тенденціи его историзма остались и здѣсь въ полной силѣ. Различіе заключалось лишь въ томъ, что руководящей цѣлью развитія признано было, вмѣсто индивидуальнаго самоопредѣленія, общее благо. Въ этомъ послѣднемъ принципѣ найдена была высшая основа юридическаго порядка, дающая ему нравственное оправданіе и жизненное значеніе. Самъ Іерингъ характеризовалъ однажды задачу своего позднѣйшаго сочиненія, какъ установленіе субстанціональной идеи справедливости и нравственности, стоящей, въ качествѣ высшаго начала, надъ чисто-формальными моментами юридической логики, и раскрытіе этой идеи въ отдѣльныхъ юридическихъ положеніяхъ и институтахъ [3]). Телеологическую критику нравственныхъ предписаній (т. е. оцѣнку ихъ съ точки зрѣнія общаго блага) онъ считалъ «въ высшей степени важной частью своей системы цѣли» [4]). Но независимо отъ этихъ

[1]) ibid. S. 233.
[2]) ibid. S. 70.
[3]) Geist II, 2 , S. 361, Note 506a.
[4]) Zweck... II, S. 623.

общихъ тенденцій сочиненія, мы имѣемъ прямыя указанія Іеринга, позволяющія намъ говорить о естественно-правовыхъ элементахъ его воззрѣнія. Не умножая безъ нужды цитатъ, приведу самыя характерныя.

Опредѣляя въ восьмой главѣ перваго тома понятія произвола и справедливости, Іерингъ настаиваетъ на возможности примѣненія этихъ понятій къ характеристикѣ законовъ. Мы говоримъ, замѣчаетъ онъ здѣсь, не только о произвольныхъ рѣшеніяхъ судьи и произвольныхъ актахъ правительства, пользуясь при этомъ для своихъ сужденій масштабомъ положительнаго права, но также и о произвольныхъ законахъ. Въ послѣднемъ случаѣ понятіе произвола имѣетъ характеръ не юридическій, — ибо законодательная власть стоитъ надъ закономъ и каждый актъ ея въ юридическомъ смыслѣ вполнѣ легаленъ,—а нравственный. Дѣло въ томъ, что законодатель нравственно обязанъ пользоваться принадлежащими ему полномочіями въ интересахъ общества. Его право есть вмѣстѣ съ тѣмъ и обязанность; для него также существуютъ извѣстныя требованія и нормы, которыя вытекаютъ изъ его задачи и которыя онъ обязанъ уважать. Мы примѣняемъ названіе произвольныхъ опредѣленій къ такимъ законамъ, въ которыхъ законодатель сталъ, по нашему мнѣнію, въ противорѣчіе съ общими принципами права. Въ этомъ же смыслѣ мы употребляемъ выраженіе: несправедливый [1]).—Мы видимъ, что Іерингъ съ полной ясностью устанавливаетъ здѣсь идею нравственной критики права. Масштабомъ для этой критики онъ считаетъ «соотвѣтствіе постановленій закона ихъ предположеніямъ» [2]), т. е. тѣмъ жизненнымъ условіямъ, при которыхъ они издаются.

Въ другомъ мѣстѣ [3]) изъ существованія права помилованія у всѣхъ культурныхъ народовъ Іерингъ выводитъ заключеніе о невозможности обойтись въ жизни однимъ закономъ и о необходимости пользоваться въ отдѣльныхъ случаяхъ указаніями высшей, стоящей надъ закономъ справедливости, чтобы привести наказаніе въ соотвѣтствіе съ чувствомъ права. Онъ проектируетъ даже

---

[1]) Zweck... I, SS. 363—364.
[2]) ibid. S. 373.
[3]) ibid. 428—433.

установленіе особаго органа, который выполнялъ бы высокую миссію посредничества между писаннымъ формальнымъ правомъ и матеріальной справедливостью.—Значеніе этихъ утвержденій для доказательства нашей общей мысли не требуетъ разъясненій.

Мы можемъ здѣсь закончить характеристику взглядовъ Іеринга. Изученіе особенностей его историческаго созерцанія показало намъ, что оно вполнѣ уживается съ основными предположеніями естественнаго права. Историзмъ служитъ у него опорой для прогрессивныхъ стремленій, вмѣсто того, чтобы быть знаменемъ охранительныхъ началъ, какъ у Савиньи. Такимъ образомъ, въ нѣдрахъ самой исторической школы возникло ученіе, возродившее основные элементы того направленія, отъ полемики съ которымъ она отправлялась. Понятіе историческаго оказывалось способнымъ служить для цѣлей противоположнаго свойства, смотря по тому, подчеркивали ли въ немъ моментъ непрерывности развитія или идею текучести и измѣнчивости [1]).

---

[1]) Прибавлю здѣсь, что отрѣшеніе Іеринга отъ началъ органической теоріи отразилось и на его пониманіи существа положительнаго права. И въ „Духѣ римск. права“ онъ утверждалъ, что зарожденіе положительнаго права происходитъ въ реальномъ мірѣ человѣческихъ отношеній и столкновеній, при чемъ и здѣсь (Geist... II, 1, § 25) онъ отдавалъ предпочтеніе закону предъ обычаемъ. Твердость и опредѣленность казалась ему высшимъ качествомъ положительнаго права. Поэтому онъ всего менѣе могъ раздѣлять представленія Савиньи о невидимой позитивацiи права въ тайникахъ народнаго духа до практики и примѣненія въ жизни. Въ „Zweck im Recht“ онъ съ особенной рѣзкостью подчеркивалъ внѣшнія отличія положительнаго права (моментъ принужденія), съ цѣлью отыскать для него строго-опредѣленные и ясно-различимые признаки (Zweck... I, S.320ff.). — Наконецъ, и старая вѣра въ неизмѣнность юридическихъ понятій нашла въ Іерингѣ самаго рѣшительнаго противника (см. особен. Geist... III, § 59).

ГЛАВА VIII.

Преобразованіе взглядовъ Савиньи на существо положительнаго права.

Въ предшествующей главѣ мы ознакомились съ преобразованіемъ взглядовъ Савиньи на происхожденіе права. Подготовлявшееся постепенно это преобразованіе завершено было Іерингомъ, за которымъ, несмотря на нѣкоторые недостатки его собственной теоріи, навсегда останется заслуга окончательнаго ниспроверженія органической доктрины.

На ряду съ разрушеніемъ прежней теоріи правообразованія, совершается и другая реформа въ идеяхъ исторической школы: неопредѣленное понятіе положительнаго права, представлявшее другой крупный недостатокъ ея, все болѣе расшатывается усиліями критической мысли. Процессъ усовершенствованія взглядовъ Савиньи въ этомъ направленіи далеко еще нельзя признать законченнымъ, и современная юриспруденція въ данномъ вопросѣ стоитъ на перепутьѣ двухъ воззрѣній. Тѣмъ не менѣе, не трудно предсказать побѣду новому теченію, которое нашло уже для себя любопытныя выраженія, а отчасти проникло и въ учебники. Въ духѣ этого теченія предпринята даже перестройка всей философіи права, съ цѣлью выбросить изъ нея послѣдніе остатки естественно-правовыхъ началъ и дать окончательное торжество историзму. Попрежнему историческій принципъ служитъ знаменемъ для научныхъ стремленій. Обратимся же къ изученію результатовъ этого движенія и первоначально разсмотримъ болѣе скромныя проявленія его, выразившіяся въ видѣ попытокъ исправленія прежней теоріи положительнаго права.

§ 1. Новыя теоріи положительнаго права.

Новыя воззрѣнія на положительное право, къ ознакомленію съ которыми мы теперь переходимъ, имѣютъ свои корни въ предшествующемъ развитіи науки. Еще ранніе критики исторической школы обратили вниманіе на неопредѣленность ея понятія о положительномъ правѣ и обнаружили источникъ этой неопредѣленности въ смѣшеніи вопросовъ о формальной и матеріальной основѣ происхожденія юридическихъ нормъ [1]). Различіе между факторами, обусловливающими содержаніе права, и моментами, опредѣляющими его формально-юридическое значеніе, и должно было послужить исходнымъ пунктомъ для новыхъ построеній. Ошибка Савиньи, какъ мы отмѣтили выше, заключалась именно въ томъ, что юридическое дѣйствіе права онъ ставилъ въ связь съ условіями его происхожденія, дававшими ему моральную санкцію. Историческія и нравственныя опоры правового порядка онъ смѣшивалъ съ юридическими его основаніями. Народное убѣжденіе, по его взгляду, уже само по себѣ, какъ историческій факторъ и нравственная сила, служило источникомъ готовыхъ положительныхъ нормъ. Это и дѣлало понятіе положительнаго права шаткимъ и неопредѣленнымъ. Грань между идеальнымъ правосознаніемъ народа и правомъ, объективировавшимся въ твердыхъ положительныхъ формахъ, исчезала [2]). Новая постановка вопроса явилась естественнымъ результатомъ дальнѣйшаго развитія мысли, искавшей болѣе точныхъ опредѣленій.

Пробнымъ камнемъ для теорій положительнаго права со временъ Савиньи служило право обычное. Въ самомъ существѣ обычая, стоящаго въ болѣе непосредственной связи съ жизнью, чѣмъ законъ, заключалась причина, затруднявшая точное разграниченіе въ немъ матеріальнаго и формальнаго моментовъ. Съ другой стороны, отсутствіе въ обычаѣ столь же очевидной принудительной силы, какъ въ законѣ, опирающемся на авторитетъ верховной власти, заставляло держаться, при его объясненіи, за

[1]) См. выше глава VI, § 2, стр. 125 слл.

[2]) См. выше, стр. 99 слл.

идею народнаго убѣжденія. Отсюда становится яснымъ, почему вліяніе старой доктрины гораздо сильнѣе сказалось въ ученіяхъ объ обычномъ правѣ. Тогда какъ въ отношеніи къ закону еще Пухта склонялся къ совершенно правильной формально-юридической точкѣ зрѣнія, теорія обычнаго права долго еще сохраняла слѣды своего происхожденія изъ туманныхъ представленій исторической школы. Даже писатели, сознавшіе полную невозможность выводить положительную силу права изъ народнаго духа, продолжали видѣть высшую и необходимую основу обычаевъ въ «идеальной силѣ національности», въ «юридическомъ убѣжденіи народа» и т. п. Важность продолжительнаго примѣненія для образованія нормъ обычнаго права признана была всѣми, и однако, на ряду съ этимъ, все еще держалась въ наукѣ старая идея о необходимости момента внутренняго убѣжденія для обоснованія юридической силы обычая. Писателямъ, занимавшимся разработкой этого вопроса, не приходила въ голову простая мысль, что о юридическомъ убѣжденіи, какъ состояніи внутреннемъ, мы не можемъ судить иначе, какъ изъ того же факта внѣшняго примѣненія. Болѣе послѣдовательные отрицатели теоріи Савиньи, какъ Эрнстъ Мейеръ и Рейнгольдъ Шмидъ, отвергали юридическую силу народнаго убѣжденія до конца и вполнѣ, но за то они впадали въ другую ошибку, объясняя дѣйствіе обычаевъ изъ законодательнаго признанія.

Первый болѣе рѣшительный шагъ къ новому разрѣшенію вопроса сдѣланъ былъ Адикесомъ въ сочиненіи «Zur Lehre von den Rechtsquellen», появившемся въ 1872 году [1]). Въ своихъ разсужденіяхъ Адикесъ отправляется отъ полнаго отрицанія взглядовъ Савиньи и Пухты. Сведеніе права къ народному духу, говоритъ онъ, въ сущности означало только то, что въ послѣдней инстанціи юридическія установленія покоятся на жизненныхъ отношеніяхъ, на потребностяхъ и склонностяхъ народныхъ, вмѣстѣ съ которыми они развиваются,—ибо народный духъ есть ни что иное, какъ персонификація всѣхъ этихъ элементовъ. Но какъ ни

[1]) Полное заглавіе сочиненія таково: Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht. Von Franz Adickes. Cassel und Göttingen 1872.

важно было подобное указаніе тѣсной связи народа со своимъ правомъ, однако, построеніе теоріи источниковъ права на этой основѣ совершенно невозможно [1]). Народный духъ имѣетъ рѣшающее значеніе для образованія права, но не можетъ быть признанъ источникомъ его въ спеціально-юридическомъ смыслѣ слова. Въ этомъ послѣднемъ смыслѣ мы употребляемъ настоящій терминъ для обозначенія тѣхъ данныхъ, изъ которыхъ ищущій права, и прежде всего судья, можетъ черпать познаніе о немъ для рѣшенія конкретныхъ случаевъ. Очевидно, что реальныя условія образованія юридическихъ нормъ не могутъ служить для этой цѣли [2]). — Дѣлаемое здѣсь разграниченіе между жизненной основой права и формальнымъ источникомъ его выгодно отражается на дальнѣйшихъ опредѣленіяхъ автора, въ которыхъ идея народнаго убѣжденія занимаетъ подобающее ей мѣсто, въ качествѣ указанія на нравственную опору юридическаго строя.

Зависимость законовъ отъ народнаго убѣжденія, думаетъ Адикесъ, можно признать лишь въ томъ смыслѣ, что весь правовой порядокъ вообще — законодательство in abstracto — покоится на признаніи народномъ. Что же касается отдѣльныхъ законовъ, то они черпаютъ свою силу изъ воли законодателя, безъ всякихъ дальнѣйшихъ требованій относительно согласія ихъ съ народными воззрѣніями. Это не значитъ, конечно, чтобы законодатель былъ верховнымъ творцомъ *содержанія* права: въ дѣйствительности онъ является и долженъ являться слугою истинныхъ потребностей и желаній своего народа. Но юридическое дѣйствіе (Geltung) и *формально-обязательная сила* его предписаній обусловливаются исключительно ихъ обнародованіемъ со стороны государственной власти [3]).

Точно также—и это самое важное — Адикесъ отбрасываетъ моментъ народнаго убѣжденія и въ отношеніи къ нормамъ обычнымъ. Ссылаясь на Шталя и вспоминая слова Виндшейда о значеніи для права продолжительнаго примѣненія [4]), онъ рѣшается,

---

[1]) Zur Lehre von den Rechtsquellen... SS. 3—4.

[2]) Ibid. SS. 21.

[3]) Ibid. SS. 25—27.

[4]) Привожу здѣсь вновь эти любопытныя слова, отчасти цитированныя и

въ разрѣзъ съ утвердившимся мнѣніемъ, признать въ этомъ моментѣ совершенно достаточное основаніе для объясненія юридической силы обычнаго права. Тѣ, которые допускаютъ важность продолжительнаго примѣненія и отрицаютъ, однако, самостоятельное значеніе обычая, какъ такового, въ качествѣ источника права, становятся, по его словамъ, въ противорѣчіе съ своими собственными утвержденіями. Ибо сущность источника права состоитъ въ свойственной ему силѣ сообщать вытекающему изъ него порядку юридическій характеръ; а что долгое пользованіе нормой имѣетъ подобную силу, съ этимъ согласны и противники защищаемаго воззрѣнія. Если они говорятъ, что продолжительное примѣненіе дѣлаетъ норму юридической только потому, что такимъ образомъ она входитъ въ общее правосознаніе, то это разсужденіе покоится на смѣшеніи понятій. То, что примѣнялось продолжительно, не потому дѣйствуетъ въ качествѣ права, что спеціальное содержаніе данной нормы перешло въ правосознаніе народа, но потому, что это правосознаніе признаетъ юридическую обязательность за всѣмъ существующимъ порядкомъ, именно вслѣдствіе его существованія. Возможны, конечно, случаи, когда и спеціальныя положенія переходятъ въ общее правосознаніе; но выставлять эти случаи въ качествѣ общаго правила и даже въ видѣ необходимаго условія для юридической силы обычая было бы смертнымъ приговоромъ для многихъ признанныхъ положеній права. На судѣ рѣшающимъ моментомъ является предшествующее примѣненіе нормы: «die Thatsache der bisherigen Gewohnheit ist das allein Entsheidende»; убѣжденія и воззрѣнія сторонъ и самого суда не принимаются здѣсь въ расчетъ [1]).

Подобное значеніе обычая, разъясняетъ Адикесъ, основывается на элементарномъ требованіи справедливости, предписывающей мѣрять всѣхъ одинаковой мѣркой. Въ силу этого требованія сходные случаи должны рѣшаться на основаніи однихъ и тѣхъ же

ранѣе (стр. 129): „der Macht der Thatsache, welche sich eine längere Zeit hindurch zu behaupten im Stande gewesen ist, vermag sich kein menschliches Gemüth zu entziehen; was lange Zeit gewesen ist, erscheint uns blos deswegen, weil es gewesen ist, als Recht“. (Lehrbuch des Pandektenrechts. § 15, Note 2).

[1]) Zur Lehre von den Rechtsquellen, SS. 51—53.

правилъ. Отсюда и вытекаетъ сила прецедента, связывающаго судью въ его рѣшеніяхъ. При постоянной смѣнѣ судебнаго персонала такой порядокъ является необходимой гарантіей для объективной равномѣрности опредѣленій. Съ другой стороны, соблюденіе обычныхъ нормъ вызывается потребностью юридическаго оборота въ твердыхъ правилахъ, которыхъ наличность по большей части еще важнѣе, чѣмъ самое ихъ содержаніе. Но обычныя нормы къ тому же соотвѣтствуютъ обыкновенно жизненнымъ потребностямъ и воззрѣніямъ, изъ которыхъ онѣ возникаютъ. Наконецъ, здѣсь имѣетъ значеніе вліяніе времени, отъ котораго не свободно никакое человѣческое учрежденіе. Продолжительное существованіе сообщаетъ юридическому порядку въ воззрѣніи общества характеръ неприкосновенности и святости. Этимъ обусловливается и примѣненіе обычнаго права въ силу одного его существованія [1]).

Изъ всего этого слѣдуетъ, по словамъ Адикеса, что для обоснованія дѣйствія обычнаго права нѣтъ необходимости прибѣгать къ какимъ-либо инымъ моментамъ, лежащимъ внѣ факта примѣненія. Обычай самъ по себѣ обладаетъ характеромъ истиннаго источника права [2]).

Нельзя не сказать, что эти опредѣленія, въ свое время съ похвалой отмѣченныя въ нѣмецкой критикѣ Бринцомъ [3]), пред-

---

[1]) ibid. SS. 54—60.

[2]) ibid. S. 60.

[3]) См. Krit. Virtelj. Bd XV (1873), S. 163.—Со стороны защитниковъ старой теоріи противъ Адикеса высказался Данъ въ рецензіи, напечатанной въ томъ же 1873 г. (въ Behrend's Zeitschrift), подъ заглавіемъ: „Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere vom Gewohnheitsrecht“, (рецензія эта вошла въ собраніе статей автора „Bausteine“. IV Reihe: 1 Schicht: Rechtsphil. Studien. Berlin 1883. S. 234 ff.; о значеніи юридическаго убѣжденія см. въ особен. S. 253 ff.). Существенныхъ возраженій противъ новаго взгляда мы, однако, здѣсь не находимъ. Въ нашей литературѣ значеніе труда Адикеса было отмѣчено Сергѣевичемъ, склоняющимся къ новой теоріи (въ интересной статьѣ: „Опыты изслѣдованія обычнаго права“, помѣщенной въ журналѣ „Наблюдатель“ 1882 г. №№ 1 и 2; см. особ. № 1, стр. 87—90), и Коркуновымъ, высказывающимся противъ нея („Лекціи по общей теоріи права“. Изд. 1886 г. стр. 270; III изд. 94 г. стр. 291). Въ спеціальномъ сочиненіи Карасевича („Граж. обычн. право Франціи“. М. 1875) нововведеніе Адикеса въ теоріи обычнаго права было просмотрѣно, хотя авторъ

ставляли удачный выходъ къ новой постановкѣ вопроса. Прежняя двойственность взгляда устранялась. Обычай, въ качествѣ внѣшней санкціи юридическихъ нормъ, приравнивался въ этомъ отношеніи закону. Народное же убѣжденіе признавалось лишь той жизненной почвой, изъ которой нормы права черпаютъ свое содержаніе: юридическую форму получаютъ онѣ не отсюда. А такъ какъ, лишь облекаясь въ эту форму (т. е. объективируясь въ видѣ законовъ и обычаевъ), онѣ пріобрѣтаютъ свойственное имъ общеобязательное значеніе, то въ ней, поэтому, и слѣдуетъ видѣть основу юридическаго дѣйствія ихъ.

Таковы были выводы Адикеса, являвшіеся естественнымъ и простымъ разрѣшеніемъ старыхъ недоразумѣній въ теоріи положительнаго права. Однако, онъ самъ уронилъ значеніе своего произведенія, прійдя къ несчастной мысли включить въ число источниковъ права субъективный разумъ. Было бы еще понятно, если бы Адикесъ говорилъ о немъ, какъ о факторѣ, участвующемъ въ образованіи юридическихъ нормъ. Въ этомъ смыслѣ, какъ справедливо замѣтилъ Коркуновъ, субъективный разумъ является общимъ источникомъ права, такъ какъ всѣ другіе факторы вліяютъ на правообразованіе только чрезъ посредство нашего сознанія [1]). Мысль эту, какъ противоположность ученію Савиньи и Пухты о миѳическомъ общемъ убѣжденіи, независимомъ отъ индивидуальныхъ мнѣній, слѣдовало бы даже признать научной заслугой автора. Но Адикесъ идетъ далѣе этого и утверждаетъ, что субъективный разумъ можетъ быть истиннымъ и непосредственнымъ источникомъ права [2]). Онъ отправляется при этомъ отъ соображенія, что право не должно быть непремѣнно позитивнымъ: при отсутствіи опредѣленій закона и обычая приходится обращаться къ субъективному усмотрѣнію судей. Такимъ образомъ, на ряду съ положительнымъ существуетъ еще совершенно особое право, которое должно быть находимо для каждаго частнаго случая отдѣльно. Источникомъ этого права и является

и касался его взглядовъ (стр. 28 — 29). Собственныя воззрѣнія Карасевича не отличаются ни новизной, ни точностью (см. особ. стр. 35 слл.).

[1]) Лекціи по общ. теор. пр. III изд., стр. 286.

[2]) Zur Lehre von den Rechtsquellen, § 1, S. 6 ff.

субъективный разумъ. Въ силу того же соображенія Адикесъ причисляетъ къ источникамъ права и общее юридическое убѣжденіе, изъ котораго также могутъ выводиться судебныя рѣшенія [1]).

Эти послѣднія опредѣленія настолько же противорѣчатъ новѣйшему развитію юридической мысли, насколько первыя ему соотвѣтствуютъ. Установленіе особой категоріи не-положительнаго права, быть можетъ, помогло Адикесу строже и точнѣе опредѣлить понятіе права положительнаго, но само по себѣ оно было совершенно несостоятельно. Убѣжденіе, что право по существу своему позитивно, все болѣе и болѣе крѣпнетъ въ наукѣ. Можно даже сказать, что оно служитъ однимъ изъ самыхъ вліятельныхъ факторовъ современнаго развитія юриспруденціи и философіи права. Какъ всякое плодотворное начало, оно является не результатомъ теоретическихъ измышленій, а живымъ требованіемъ времени, стремящагося къ твердости правового порядка. Только положительное, строго опредѣленное право можетъ служить прочнымъ фундаментомъ для правильнаго юридическаго оборота. Для того, чтобы на него можно было опираться, какъ на каменную стѣну —въ чемъ заключается его высшее призваніе— оно должно быть твердымъ и непоколебимымъ. Предназначенное для того, чтобы охранять личность отъ произвола, оно не можетъ зависѣть отъ субъективнаго усмотрѣнія. Имѣя въ виду создавать почву для разрѣшенія споровъ, оно само должно быть безспорнымъ. Поэтому, позитивность, или—что то же—опредѣленность и авторитетная непререкаемость права составляютъ существенную его принадлежность, безъ которой оно лишается своего главнаго преимущества. Въ ясномъ сознаніи этихъ свойствъ положительнаго порядка наука нашего времени стремится къ установленію точныхъ признаковъ юридическихъ нормъ и къ проведенію строгихъ границъ между идеальнымъ правосознаніемъ и положительнымъ правомъ. Все движеніе новѣйшей юриспруденціи въ пользу разграниченія формальной и матеріальной основы права находитъ здѣсь свое объясненіе [2]).

---

[1]) Ibid. § 4.

[2]) См., между прочимъ, и у Адикеса мотивированіе его формалистической теоріи законодательства, SS. 73 - 74.

Несомнѣнно, конечно, что прогрессивное развитіе жизни порождаетъ новые случаи, не предусмотрѣнные положительнымъ правомъ. И такъ какъ жизнь не ждетъ, а законъ и обычай требуютъ для своего установленія извѣстнаго времени, то практическая необходимость вынуждаетъ давать въ такихъ случаяхъ просторъ субъективному убѣжденію судей. Въ эпохи раннія, предшествующія утвержденію прочнаго правового порядка, частныя рѣшенія, постановляемыя на основаніи свободнаго усмотрѣнія судебныхъ органовъ, являются общимъ правиломъ. Но разсуждая послѣдовательно, мы и здѣсь должны признать источникомъ права не субъективное сознаніе, а тѣ рѣшенія, въ которыхъ оно находитъ свое опредѣленное выраженіе. Субъективное убѣжденіе и здѣсь, совершенно такъ же, какъ въ законѣ или обычаѣ, даетъ лишь содержаніе юридическимъ опредѣленіямъ: обязательную силу свою они получаютъ отъ авторитетнаго значенія тѣхъ органовъ, которые ихъ постановляютъ. Юридическая санкція и въ данномъ случаѣ имѣетъ чисто-формальный характеръ. Притомъ же само по себѣ судебное рѣшеніе не порождаетъ права, въ смыслѣ общей нормы: для образованія послѣдней изъ частнаго постановленія необходимъ еще моментъ продолжительнаго примѣненія (auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum). Ко всему этому слѣдуетъ прибавить, что стремленіе къ твердому положительному порядку съ необходимостью приводитъ къ замѣнѣ практики частныхъ постановленій господствомъ общихъ юридическихъ нормъ. Развитой правооборотъ безъ этого не мыслимъ. Такимъ образомъ, попытка Адикеса взять подъ свою защиту субъективный разумъ, какъ источникъ права, вдвойнѣ несостоятельна: будучи теоретически невѣрной, она несвоевременна практически [1]).

И въ отношеніи къ обычному праву Адикесъ не былъ вполнѣ послѣдователенъ. Отрицая за юридическимъ убѣжденіемъ значеніе

---

[1]) Дополненіемъ къ сдѣланнымъ здѣсь возраженіямъ противъ теоріи Адикеса могутъ служить замѣчанія Бринца (въ цитиров. выше рецензіи его) и Бирлинга (Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Gotha 1877. Bd. I, S. 99 ff). Оба названные писателя стремятся ограничить понятіе пробѣловъ въ правѣ, что, на мой взглядъ, представляется совершенно необходимымъ. Ср. по этому поводу мнѣніе Бергбома, Jurispr. u. Rechtsphil. S. 371ff., особ. 373, Note 6.

формальной основы обычныхъ нормъ, —такъ какъ и при отсутствіи подобнаго убѣжденія нормы эти сохраняютъ свою силу, — онъ допускаетъ, однако, что враждебное обычаю убѣжденіе можетъ служить основаніемъ къ прекращенію его юридическаго дѣйствія (ein Beendigunsgrund dieser Geltunsgkraft)[1]). Не трудно видѣть, что это допущеніе было весьма опаснымъ шагомъ для автора. Если извѣстное внутреннее настроеніе способно явиться основой недѣйствительности обычныхъ нормъ, то, слѣдовательно, моментъ юридическаго убѣжденія далеко не безразличенъ и для ихъ дѣйствія. Такъ Адикесъ самъ нарушалъ цѣльность своей теоріи. Между тѣмъ, онъ легко могъ бы избѣжать этого отступленія отъ собственныхъ началъ, обративъ вниманіе на дѣйствительныя условія прекращенія обычаевъ. Юридическое убѣжденіе и здѣсь играетъ роль матеріальнаго фактора, который можетъ вступать въ борьбу съ тѣмъ или другимъ обыкновеніемъ, но не способенъ уничтожить его юридическую силу однимъ фактомъ своего появленія. Въ подобныхъ случаяхъ, какъ замѣчаетъ и Адикесъ [2]), наступаетъ обыкновенно періодъ неопредѣленности въ правѣ: обычай продолжаетъ сохранять свое формальное значеніе, но встрѣчая нравственное противодѣйствіе общества, онъ постепенно выходитъ изъ употребленія, исполняемый все рѣже и рѣже. Только по истеченіи извѣстнаго времени, когда сила установившагося обыкновенія будетъ парализована фактомъ продолжительнаго несоблюденія (desuetudo), обычная норма утрачиваетъ юридическую обязательность. Прекращеніе обычнаго права, какъ и его возникновеніе, нуждается для своего удостовѣренія въ чисто внѣшнихъ формальныхъ моментахъ.

Взгляды Адикеса попытался усовершенствовать Цительманъ [3]).

---

[1]) Zur Lehre von den Rechtsquellen, S. 63.

[2]) ibid. SS. 65—66.

[3]) Въ семидесятыхъ годахъ появились еще брошюры Шванерта („Gesetz und Gewohnheit“ Rostock, 1873) и Штурма („Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit“. Kassel 1877), въ которыхъ высказываются положенія, болѣе или менѣе близкія къ новой теоріи обычнаго права. Я выбираю для своего изложенія взгляды болѣе выдающіеся. Штурмъ, какъ извѣстно, измѣнилъ впослѣдствіи свои воззрѣнія (см. позднѣйшія его сочиненія: „Recht und Rechtsquellen“. Kassel 1883. S. 26 и „Gewohnheitsrecht und Jrrthum“. Kassel 1884. SS. 15, 18ff).

Въ 1883 г. онъ напечаталъ обширную статью, подъ заглавіемъ «Gewohnheitsrecht und Irrthum», которая сразу заняла почетное мѣсто въ литературѣ предмета [1]). Имѣя въ виду изслѣдовать спеціальный вопросъ объ ошибкѣ, какъ факторѣ, подъ вліяніемъ котораго укореняются новые обычаи, Цительманъ нашелъ необходимымъ разсмотрѣть и болѣе общую проблемму объ основѣ дѣйствія обычнаго права. Заслугу Адикеса онъ подчеркиваетъ, находя ее недостаточно оцѣненной въ литературѣ; но онъ ясно сознаетъ и недостатки своего предшественника [2]). Любопытно отмѣтить, что свою научную родословную онъ также ведетъ отъ Шталя [3]). Мысль Цительмана движется въ сферѣ тѣхъ понятій, которыя уже знакомы намъ изъ предшествующаго изложенія. Различеніе формы и содержанія юридическихъ нормъ и для него является основнымъ требованіемъ. Посмотримъ, какъ самъ онъ выражаетъ это требованіе, чтобы такимъ образомъ ознакомиться съ особенностями его взгляда.

Справедливо упрекая историческую школу въ «смѣшеніи формально-юридической точки зрѣнія съ матеріально-философской», онъ стремится ввести свое изслѣдованіе въ болѣе узкія и опредѣленныя рамки. «Вопросъ идетъ здѣсь не о томъ, чтобы построить философію права, но только о томъ, чтобы указать признаки, по которымъ судья можетъ узнать, принадлежитъ ли данное положеніе къ примѣняемому имъ праву; здѣсь изслѣдуются тѣ формальныя условія, которыя дѣлаютъ извѣстное положеніе юридическимъ, каково бы оно ни было по своему содержанію, какъ бы ни было оно несправедливо, нецѣлесообразно и несогласно съ воззрѣніями народными» [4]).

Подобная постановка вопроса чрезвычайно ясно формулировала тѣ стремленія, которыя намѣчались въ юридической наукѣ со времени Шталя. Какая разница между скромными задачами, о которыхъ говоритъ Цительманъ, и тѣмъ пониманіемъ проблеммы, которое мы отмѣтили выше у исторической школы! Съ тѣхъ поръ

---

[1]) См. Archiv für die civ. Praxis. Bd. LXVI, SS. 323—468.

[2]) l. c. S. 445.

[3]) ibid. SS. 443 и 439.

[4]) ibid. SS. 428—430.

какъ потребность нравственнаго оправданія положительнаго права[1]) перестала быть столь настоятельной, юристы спокойно могли ограничивать область своего изслѣдованія спеціально-юридическими темами, предоставляя смежные вопросы вѣдѣнію другихъ областей науки. Въ частности, въ отношеніи къ опредѣленію основы дѣйствія юридическихъ положеній давно уже пора было понять, что для цѣлей юриспруденціи совершенно достаточно ограничиться изученіемъ тѣхъ формъ объективированія права, которыя служатъ признаками его обязательности. Дѣло историка и философа изслѣдовать историческіе устои правового порядка и нравственныя его опоры; юристъ можетъ ограничиться одной формальной стороной вопроса.

Обращаясь къ дальнѣйшей характеристикѣ условій дѣйствія права, Цительманъ повторяетъ мысли своихъ предшественниковъ. И онъ думаетъ, что значеніе права основывается на авторитетной формѣ его существованія, независимо отъ соотвѣтствія его съ общимъ правовымъ убѣжденіемъ. Продолжительное раздвоеніе между положительнымъ правомъ и господствующими въ народѣ воззрѣніями, конечно, немыслимо: или право, въ силу своего существованія, пріобрѣтаетъ вліяніе на эти воззрѣнія и преобразовываетъ ихъ по-своему; или же народныя воззрѣнія вызываютъ измѣненія въ правѣ, оказывая вліяніе на обычай и законодательство. Для того, кто разсматриваетъ крупныя черты развитія, положительное право и народное убѣжденіе кажутся находящимися въ согласіи; но въ отдѣльныхъ случаяхъ между ними могутъ оказаться и противорѣчія. Многія юридическія положенія часто вовсе не соотвѣтствуютъ народному духу. Поэтому, народное убѣжденіе обусловливаетъ лишь содержаніе права, но не юридическое его значеніе[2]).

Мы видимъ, что старая формула Шталя[3]) становится постепенно общимъ мѣстомъ юридической науки и однообразно повторяется цѣлымъ рядомъ писателей. Изучаемое нами теперь формально-юридическое направленіе въ этой формулѣ находитъ

---

[1]) См. выше, особ. стр. 102.

[2]) Gewohnheitsr. u. Irrthum, SS. 430, 425—426.

[3]) См. выше, стр. 126.

свое краткое выраженіе. Цительманъ въ этомъ отношеніи не говоритъ ничего новаго. Особенность его состоитъ въ томъ, что онъ съ большей рѣшительностью, чѣмъ это дѣлалось ранѣе, примѣняетъ основные выводы характеризуемаго направленія къ теоріи обычнаго права. По его мнѣнію, къ удовлетворительному разрѣшенію вопроса объ обычномъ правѣ нельзя прійти иначе, какъ отбросивъ окончательно идею общенароднаго убѣжденія. Юридическое значеніе обычаевъ обусловливается фактомъ ихъ продолжительнаго примѣненія: «ein Rechtssatz entsteht dadurch, dasz er längere Zeit hindurch... thatsächlich als Rechtssatz... geübt worden ist» [1]). Въ этомъ утвержденіи намѣчался совершенно опредѣленный отвѣтъ на вопросъ объ основѣ дѣйствія обычныхъ нормъ. Слѣдовало только развить подробнѣе мысль о правообразующемъ значеніи давняго примѣненія и освѣтить, съ этой точки зрѣнія, спорные пункты въ теоріи обычнаго права. Вмѣсто этого, мы находимъ у Цительмана неожиданное уклоненіе въ сторону. Откладывая чисто-юридическія разъясненія до другой статьи [2]), онъ находитъ нужнымъ разрѣшить предварительно проблемму психологическаго свойства: какъ образуется въ человѣческой душѣ представленіе юридической обязательности извѣстныхъ положеній. Къ этому, въ концѣ концовъ, и сводится, по его мнѣнію, вопросъ объ основѣ обязательнаго дѣйствія обычнаго права [3]).

Нельзя, конечно, отрицать научнаго интереса указанной проблеммы; но едва ли можно согласиться съ тѣмъ, чтобы къ этому именно сводилась теорія обычнаго права. Въ этомъ отношеніи у Цительмана замѣчается удивительная неясность мысли, навлекшая уже на него вполнѣ заслуженные упреки со стороны его критика Рюмелина [4]). Авторъ нашъ, очевидно, смѣшиваетъ разнородные вопросы. Психологическое возникновеніе идеи обязательности права

---

[1]) ibid. SS. 443—445, ср. также 464—465.

[2]) ibid. S. 467. Никакой другой статьи Цительманъ, однако, по этому предмету не написалъ.

[3]) ibid. SS. 461, 463.

[4]) См. Rümelin, das Gewohnheitsrecht (первоначально въ Jahrbücher für die Dogmatik des heutig röm. u. deutsch. Privatrechts. (1888) Bd. XXVII, SS. 152—253; см. особ. SS. 167ff.

представляетъ совершенно особую задачу, имѣющую мало общаго съ спеціально-юридическимъ вопросомъ о формальныхъ признакахъ этой обязательности. Юристъ, безъ всякаго ущерба для своихъ прямыхъ и непосредственныхъ цѣлей, можетъ ограничиться характеристикой внѣшнихъ условій дѣйствія юридическихъ нормъ, предоставивъ изученіе другихъ сторонъ вопроса философу. Недостаточное разграниченіе задачъ ведетъ здѣсь лишь къ ущербу для результатовъ изслѣдованія. Между тѣмъ Цительманъ то ставитъ вопросъ на почву юридическую, то выходитъ за рамки спеціально-юридическаго анализа и вступаетъ въ область психологіи [1]).

Источникъ заблужденій нашего писателя заключается въ томъ, что онъ не составилъ себѣ яснаго представленія о значеніи термина: юридическое дѣйствіе права. Если понимать подъ этимъ терминомъ внѣшнюю формальную обязательность юридическихъ нормъ, то психологическія опредѣленія здѣсь совершенно излишни. По самому существу понятія, оно должно обозначаться признаками строго формальными и ясно различимыми. Перенося вопросъ въ область психологіи, Цительманъ усложняетъ его безъ нужды для дѣла. Отсюда и вышло, что отвергнувъ съ такой рѣшимостью моментъ общенароднаго убѣжденія и признавъ основой дѣйствія обычнаго права фактъ продолжительнаго соблюденія его, онъ говоритъ еще объ извѣстной психологической квалификаціи этого факта, которую сводитъ въ наличности мотивовъ, побуждающихъ нормально-мыслящаго человѣка ожидать дальнѣйшаго примѣненія данныхъ нормъ [2]). Основнымъ условіемъ образованія этихъ мотивовъ онъ считаетъ долгое и устойчивое существованіе обычаевъ, заставляющее думать, что они будутъ имѣть силу и далѣе. По его мнѣнію, и законъ пріобрѣтаетъ свою настоящую силу только послѣ долгаго пользованія имъ, превращающаго его въ своего рода обычай. Съ этой точки зрѣнія, все дѣйствующее право въ сущности является правомъ обычнымъ [3]). Послѣднія замѣчанія кажутся намъ уже совершенно лишними. Цительманъ самъ го-

---

[1]) Ср. въ его статьѣ съ одной стороны, SS. 428 — 431 и съ другой — 446ff, 357.

[2]) ibid., SS. 445, 456ff, 463.

[3]) ibid. SS. 459, 467.

ворилъ въ другомъ мѣстѣ, что юридическая сила закона сообщается ему исключительно актомъ законодательной воли [1]); никакихъ другихъ условій здѣсь не требуется. Устойчивое существованіе законодательныхъ нормъ можетъ упрочить ихъ жизненное значеніе, но формальная обязательность ихъ проистекаетъ не отсюда. Особенно же неумѣстно требовать психологической квалификаціи соблюденія нормъ, да еще въ столь неопредѣленномъ видѣ, какъ настроеніе нормально-мыслящаго человѣка. Для юриста это понятіе совершенно непригодно. Примѣненіе права сопровождается, конечно, сознаніемъ его обязательности; но это сознаніе никакъ не можетъ считаться основой его дѣйствія. Какъ представленіе юридическаго значенія тѣхъ или другихъ положеній, оно обозначаетъ собою простое знаніе ихъ внѣшней практической силы, которой дѣйствительность оно уже предполагаетъ. Къ этому въ сущности, можно свести и утвержденіе Цительмана, если принять во вниманіе, что рѣшающее значеніе принадлежитъ и въ его теоріи факту давностнаго примѣненія [2]); изъ наблюденія этого факта и возникаетъ сознаніе обязательности, являющееся, такимъ образомъ, моментомъ вторичнымъ и производнымъ [3]).

---

[1]) ibid., S. 425.

[2]) См. въ особенности S. 464: „...die Macht der dauernden Thatsachen es ist, welche dem Gewohnheitsrecht Geltung verschafft".

[3]) Читатель, знакомый съ юридико-философской литературой послѣднихъ лѣтъ, легко откроетъ извѣстные пункты соприкосновенія между взглядами Цительмана и такъ называем. теоріей признанія (Anerkennugstheorie), которую еще съ начала семидесятыхъ годовъ развивалъ въ своихъ статьяхъ и сочиненіяхъ Бирлингъ (первоначально въ Zeitschrift für Kirchenrecht von Dove und Friedberg, Bd. X (1871) S. 442ff и Bd. XIII, S. 256ff; затѣмъ въ Kritik juristischer Grundbegriffe (1877—1880) и Juristische Principienlehre (1894). На это соприкосновеніе указываетъ и самъ Цительманъ (цитир. статья, S. 447, Note 226). То, что у Цительмана называется представленіемъ обязательности права, свойственнымъ нормально-мыслящему человѣку, у Бирлинга является подъ именемъ признанія, которое онъ опредѣляетъ, какъ „ein dauerndes habituelles Verhalten in Beziehung auf die betreffenden Rechtsgrundsätze" (Kritik., Bd. I, S. 7; Jur. Principienlehre, SS. 41—43). Оно и служитъ основой обязательной силы права. Дальнѣйшій анализъ понятія признанія приводитъ Бирлинга къ заключенію, что оно можетъ быть вынужденнымъ, безсознательнымъ и невольнымъ (Kritik, I, S. 6; Jur. Principienl., SS. 45—46). Подобное опредѣленіе термина отнимаетъ у него значе-

Итакъ, воззрѣнія Цительмана, представляя въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ шагъ впередъ сравнительно съ взглядами его предшественниковъ, страдаютъ еще извѣстными недочетами. Во всякомъ случаѣ у него, какъ и у Адикеса, замѣтно стремленіе поставить теорію обычнаго права на новыя основанія. Моментъ продолжительнаго примѣненія былъ у нихъ подчеркнутъ гораздо рѣшительнѣе, чѣмъ прежде. У Цительмана, сверхъ того, совершенно была отброшена идея общенароднаго убѣжденія, чѣмъ окончательно порывались традиціи исторической школы. Собственная его попытка сохранить извѣстную психологическую квалификацію факта примѣненія рѣзко отличалась отъ старыхъ воззрѣній въ томъ отношеніи, что сознаніе юридической обязательности обычаевъ, по его представленію, не предшествовало ихъ примѣненію, а вытекало изъ него. Все это знаменовало собою поворотъ къ новой точкѣ зрѣнія.

Послѣ Цительмана по теоріи обычнаго права писали Рюмелинъ [1]) и Шуппе [2]). Однако, ни одинъ изъ названныхъ писателей не далъ удовлетворительнаго рѣшенія вопроса. За Рюмелиномъ останется, по крайней мѣрѣ, заслуга болѣе яснаго опредѣленія термина: дѣйствіе права. Полемизируя съ Цительманомъ, онъ со-

---

ніе явно-выраженнаго акта и приравниваетъ его къ понятію примиренія (хотя бы и недобровольнаго) съ утвердившимся порядкомъ и съ совершившимися событіями. Такимъ образомъ, идея признанія является ничѣмъ инымъ, какъ обратной стороной понятія господства права. Въ этомъ смыслѣ оно можетъ служить описаніемъ практическаго значенія юридическихъ нормъ,—правильнымъ, но слишкомъ общимъ. Для юриста требуется опредѣленіе болѣе точное и подробное. Какъ видно изъ приведенныхъ ссылокъ, значеніе внѣшнихъ фактическихъ моментовъ у Бирлинга выступаетъ еще рѣзче, чѣмъ у Цительмана: понятія прочнаго фактическаго господства и юридическаго дѣйствія (Geltung) совпадаютъ у него вполнѣ (см. особенно Kritik, I, SS. 73—74). Поэтому, въ теоріи Бирлинга всего менѣе можно найти объясненіе внутренней нравственной силы права, какъ это единогласно признается его критиками (см. Geyer въ Krit. Viertelj. Bd. I (XX), 1878. S. 382ff, особ. S 391; Schuppe въ Zeitschr. für vergl. Rechtsw. Bd. V, 1882, особ. S. 271 и Merkel, Jurist Encycl. 1885. S. 32). То же самое замѣчаніе дѣлаетъ Рюмелинъ (въ цитир. выше статьѣ) противъ теоріи Цительмана.

[1]) См. его упомянутую уже выше статью: „Das Gewohnheitsrecht“ въ Jahrbücher für die Dogmatik... 1888 г. (Bd. XXVII).

[2]) Schuppe, Das Gewohnheitsrecht. Breslau 1890.

вершенно правильно указалъ на необходимость различенія въ понятіи Geltung нравственной стороны (die Geltung im Sinn einer Verpflichtung) и юридической (factische Geltung) [1]). Въ отношеніи къ праву слѣдуетъ, конечно, раздѣлять обязательность внутреннюю и внѣшнюю. Первая вытекаетъ изъ принадлежности его къ нравственному порядку, вторая указываетъ на его собственный авторитетъ, опирающійся на средства внѣшняго принужденія. — Что касается юридическаго дѣйствія обычаевъ, то и Рюмелинъ склоняется къ тому, чтобы признать его основой фактъ предшествующаго примѣненія [2]). Онъ отказывается только допустить, чтобы нравственнымъ основаніемъ права можно было считать какіе-либо фактическіе моменты безъ дальнѣйшей ихъ этической оцѣнки [3]), — что было, конечно, вполнѣ послѣдовательно. Другіе выводы Рюмелина едва ли найдутъ себѣ сторонниковъ въ наше время. Сюда слѣдуетъ, прежде всего, причислить его утвержденіе, что нравственное значеніе обычнаго права зависитъ отъ обязательности государственнаго порядка, котораго часть оно составляетъ [4]). Еще болѣе неудачна его попытка разрѣшить вопросъ о нравственной основѣ обычаевъ въ спеціальномъ примѣненіи къ Германіи [5]). Какъ будто бы подобные вопросы могутъ разсматриваться внѣ связи съ тѣмъ цѣлымъ, къ которому они принадлежатъ!

Что касается монографіи Шуппе, то по общему духу своему она является произведеніемъ отсталымъ. Недостаточная ясность мысли, искусственность терминологіи, неумѣнье понять запросы современности—свойства, присущія и другимъ писаніямъ трудолюбиваго грейфсвальдскаго философа—служатъ очень невыгодными условіями для успѣха выводовъ автора [6]). Въ отношеніи къ

---

[1]) Jahrbücher... SS. 155—163.

[2]) ibid., SS. 175, 178, 194.

[3]) ibid. SS. 164—167, 186, 193.

[4]) ibid. S. 186ff.—Шуппе совершенно правъ въ своемъ отрицательномъ отзывѣ объ этой сторонѣ воззрѣній Рюмелина (см. его Gewohnheitsr. S. 96).

[5]) Jahrbücher... S. 186.

[6]) Примѣромъ опредѣленій Шуппе можетъ служить слѣдующее: „Recht ist derjenige (objectiv gültige) Wille, welcher aus der Schätzung der Bewusstseinskonkretion

обычному праву онъ стоитъ на старой точкѣ зрѣнія, не различавшей формально-юридической основы его отъ нравственной [1]).

Но если въ спеціальной литературѣ вопроса встрѣчаются еще иногда произведенія, переносящія насъ въ эпоху Савиньи и Пухты, то общее движеніе науки несомнѣнно благопріятствуетъ утвержденію иныхъ представленій. Любопытнымъ признакомъ времени служитъ, между прочимъ, и то, что новыя идеи успѣли уже найти себѣ пріютъ въ учебникахъ. Поддержанныя въ свое время Бринцомъ [2]), запечатлѣнныя авторитетомъ Дернбурга, отчасти принятыя Гёльдеромъ и Регельсбергеромъ, онѣ могутъ расчитывать на дальнѣйшее распространеніе среди юристовъ.

Дернбургъ еще въ первомъ изданіи своихъ «Пандектъ» (1885 г.) рѣшительно отвергнулъ правообразующее значеніе общенароднаго убѣжденія. Разсужденія исторической школы по этому поводу имѣютъ, по его мнѣнію, чисто-философскій характеръ. Обязательная сила обычнаго права зависитъ исключительно отъ факта его предшествующаго примѣненія. Требованіе соотвѣтствія обычаевъ народному убѣжденію ни на чемъ не основано и чуждо положительному праву. Человѣческому духу свойственно уваженіе къ старинѣ и опасеніе нарушить то, что существуетъ издавна; на этомъ и основывается авторитетъ давностнаго примѣненія. Что касается считавшагося прежде необходимымъ сознанія обязательности (opinio juris s. necessitatis), какъ отличительнаго свойства обычаевъ юридическихъ (по сравненію съ бытовыми), то у Дернбурга оно сводится къ чисто-внѣшнему признаку: «die langjährige Uebung musz eine Rechtsgewohnheit sein», т. е. примѣненіе обычая должно имѣть юридическій характеръ [3]). Оставаясь на почвѣ строго-формальныхъ опредѣленій, ничего другого нельзя и требовать. Сознаніе обязательности юридическихъ обычаевъ служитъ

als solcher hervorgeht". (Der Begriff des subject. Rechts. Breslau 1887. S. 3; здѣсь же ссылки на другія сочиненія).

[1]) Общіе выводы его см. въ Gewohnheitsr. S. 127ff; ср. также къ этому S. 17ff. Очень характерна для автора его полемика съ Дернбургомъ, къ воззрѣнію котораго онъ становится въ оппозицію (см. S. 127 Note).

[2]) Въ упомянутой выше (стр. 173) рецензіи его на книгу Адикеса. Менѣе ясно въ Lehrburh der Pandecten.

[3]) Dernburg, Pandekten, I, § 26.

не условіемъ, а послѣдствіемъ ихъ юридической силы. Рѣшающее значеніе имѣетъ здѣсь фактъ прецедента. Opinio juris основывается исключительно на этомъ и не можетъ быть удостовѣрено иначе, какъ ссылкой на предшествующую практику.

Это хорошо понялъ Гёльдеръ. Если подъ opinio juris, разсуждаетъ онъ, разумѣется ничто иное, какъ убѣжденіе въ юридической обязательности извѣстныхъ положеній, то о необходимости этого убѣжденія для образованія обычнаго права не можетъ быть и рѣчи; ибо въ такомъ случаѣ возникновеніе каждаго новаго юридическаго обычая было бы обусловлено ошибкой относительно существующаго права (порождающей мысль о юридической обязательности правила, доселѣ несуществовавшаго). Въ дѣйствительности подобное убѣжденіе, какъ ошибочное, не можетъ имѣть юридическаго значенія, и какъ вытекающее изъ наличности уже сложившагося обычая, оно не обусловливаетъ его существованія, а само имѣетъ въ немъ свое основаніе. Первоначальное появленіе и послѣдующее утвержденіе извѣстнаго обыкновенія можетъ покоиться на любыхъ мотивахъ, но для того чтобы это обыкновеніе сдѣлалось основой для обычнаго права, оно должно стать независимымъ отъ этихъ мотивовъ, такъ чтобы фактъ предшествующаго примѣненія былъ достаточнымъ основаніемъ для дальнѣйшей практики [1]).

Опредѣленія Гёльдера могутъ считаться рѣшающими. Несомнѣнно, что юридическій обычай, какъ таковой, появляется лишь съ тѣхъ поръ, когда то или другое правило начинаетъ примѣняться въ силу прецедента. Пока этого нѣтъ, обычай находится еще въ процессѣ своего образованія. Какъ справедливо замѣчаетъ Сергѣевичъ, «для того, чтобы образовался обычай, связывающій частную волю, въ памяти людей долженъ уже накопиться настолько значительный матеріалъ сходныхъ прецедентовъ, чтобы воля была

[1]) Ed. Hölder, Pandekten. Allgemeine Lehren. Freiburg i. B. 1891. S. 30. Гёльдеръ упоминаетъ еще, какъ о fons remota всего дѣйствующаго права, объ общей волѣ (Gemeinwille), проявляющейся въ законѣ и обычаѣ (SS. 28 — 29). Это остатокъ старыхъ воззрѣній, который препятствуетъ намъ причислить этого писателя къ новому направленію безъ ограничительныхъ оговорокъ. За то взглядъ его на fons proxima обычнаго права не оставляетъ желать ничего лучшаго.

подавлена этимъ матеріаломъ» [1]). Безъ этого обычное право немыслимо. Всего менѣе возможно допустить, чтобы оно существовало до практики. Обычная норма, предшествующая внѣшнему примѣненію (изъ котораго только она и можетъ возникнуть), есть contradictio in adjecto. Поэтому если бы надо было назвать сочиненіе, которое стоитъ всего далѣе отъ пониманія истиннаго существа юридическаго обычая, то безъ колебаній слѣдовало бы указать на знаменитую монографію Пухты.

Новая теорія обычнаго права легко можетъ вызвать противъ себя упреки въ формальности и поверхностности: сторонники прежняго взгляда столь охотно пользуются оружіемъ, заимствованнымъ изъ стараго арсенала исторической школы. Но эти упреки не трудно отразить простымъ замѣчаніемъ, что указанная теорія къ тому именно и стремится, чтобы быть чисто-формальной и строго-юридической. Ея общему смыслу нисколько не противорѣчитъ утвержденіе, что обычаи возникаютъ на почвѣ воззрѣній и убѣжденій общества, изъ которыхъ они черпаютъ свое реальное значеніе. Подобно тому, какъ законъ вызывается къ жизни творческими факторами общественнаго развитія, и подобно тому какъ противодѣйствіе этихъ факторовъ можетъ превратить его въ мертвую букву, точно такъ же и подъ тѣми же вліяніями укореняется и выходитъ изъ употребленія обычай. Въ цѣляхъ и потребностяхъ даннаго времени, скажемъ словами Іеринга, заключаются основанія, почему создается тотъ или другой институтъ и почему онъ имѣетъ свойственную ему форму. Здѣсь же слѣдуетъ искать объясненій, почему данный институтъ получаетъ юридическій характеръ, а не остается на степени нравственнаго или бытового установленія. Однако, этотъ характеръ запечатлѣвается ему лишь санкціей законодательнаго признанія или обычнаго примѣненія. Только выливаясь въ законченныя формы обычая или закона, юридическія положенія получаютъ свою обязательную силу. Эти внѣшнія формы объективированія правовыхъ нормъ и являются, поэтому, основой ихъ дѣйствія.

Само собою разумѣется, что обычай, какъ источникъ права, долженъ быть не индивидуальной привычкой, а выраженіемъ кол-

[1]) Цитир. выше статья, стр. 20 (Наблюдатель 1882 г., № 1).

лективнаго правосознанія [1]). Юридическія нормы не могутъ дѣйствовать иначе, какъ опираясь на признаніе общей (или точнѣе говоря, господствующей въ обществѣ) воли. Весь вопросъ состоитъ въ томъ, въ какихъ формахъ проявляется эта воля и по какимъ признакамъ мы узнаёмъ вытекающія изъ нея обязательныя нормы. Что касается обычнаго права, то подобнымъ признакомъ является предшествующее примѣненіе его съ юридическими послѣдствіями [2]).

Я остановился съ нѣкоторой подробностью на характеристикѣ новой теоріи обычнаго права, съ цѣлью показать, что движеніе современной мысли и въ данномъ вопросѣ совершенно противоположно общему духу исторической школы. Различеніе формальной и матеріальной основъ права постепенно утверждается и здѣсь. Не будетъ, поэтому, преждевременнымъ сказать, что мы находимся наканунѣ выработки цѣльной и послѣдовательной теоріи образованія права, которая избавитъ насъ, наконецъ, отъ старыхъ неясностей, укоренившихся въ юриспруденціи со време-

[1]) Коркуновъ, Лекціи по общ. теоріи пр., III изд., стр. 291—292.—Отправляясь отъ этого соображенія, авторъ думаетъ, что основой обычнаго права является его общность (см. слѣд. примѣч.).

[2]) Понятіе общности обычая содержится уже implicite въ этомъ признакѣ. Напротивъ, принявъ опредѣленіе проф. Коркунова, что основой обязательности обычая является его общность, мы затушевали бы, такимъ образомъ, самую существенную и коренную черту обычнаго права, его давностный характеръ. Древнерусское словоупотребленіе мѣтко обозначало это свойство юридическаго обычая, называя его „пошлиной“ (т е. тѣмъ, что по́шло, что установилось издавна) и „стариной“ (Сергѣевичъ, „Наблюдатель“ 82 г., № 2). Нужды нѣтъ, что это же свойство присуще и другимъ обычаямъ (наприм., бытовымъ); его во всякомъ случаѣ нельзя оставлять въ тѣни, говоря объ основѣ дѣйствія обычнаго права. Differentia specifica обозначается понятіемъ примѣненія обычая съ *юридическими послѣдствіями*,—признакъ гораздо болѣе точный, чѣмъ понятіе общности. „Die Uebung musz eine Rechtsgewohnheit sein“—это указаніе Дернбурга я считаю совершенно достаточнымъ. Для меня цѣнно другое утвержденіе проф. Коркунова, что сознаніе обязательности (которое, по его мнѣнію, и сообщаетъ обычаю юридическую силу) „является, какъ послѣдствіе присущей людямъ наклонности ожидать при повтореніи одинаковыхъ условій и повторенія одинаковыхъ дѣйствій, въ силу чего они расчитываютъ на соблюденіе другими установившагося, обычнаго порядка“ (ibid., стр. 293). Моментъ повторенія является, такимъ образомъ, исходнымъ. Отношеніе его къ сознанію обязательности разъяснено уже выше.

ни Савиньи и Пухты. И теперь мы имѣемъ уже во многихъ отношеніяхъ образцовое, хотя и краткое, изложеніе ученія объ источникахъ права въ «Пандектахъ» Регельсбергера. Почтенный нѣмецкій ученый опытной рукой собралъ плоды предшествующаго научнаго развитія и подарилъ насъ теоріей, которая въ общемъ находится на уровнѣ современнаго состоянія науки [1]). Немногіе пункты, возбуждающіе сомнѣніе, имѣютъ второстепенный характеръ и легко поддаются исправленію безъ ущерба для цѣлаго. Я не буду, однако, ни излагать взглядовъ автора, ни подвергать ихъ разбору, такъ какъ это значило бы вновь воспроизвесть содержаніе настоящаго параграфа. Слѣдуя своему плану, я долженъ теперь обратиться къ разсмотрѣнію попытокъ перестроить, въ духѣ новаго научнаго теченія, понятіе философіи права. Направленіе, которое я имѣю въ виду, само обозначило себя позитивнымъ и заявило о своемъ желаніи быть «философіей положительнаго права». Уже по этому названію мы можемъ судить, что рѣчь идетъ здѣсь объ антитезѣ старой естественноправовой школѣ. Постараемся же характеризовать общія черты этого новаго направленія, чтобы перейти затѣмъ къ изложенію взглядовъ его главнѣйшихъ представителей, Меркеля и Бергбома.

§ 2. Философія положительнаго права.

1. Общія замѣчанія.

Философія права издавна развивалась на почвѣ естественноправовыхъ воззрѣній. Возникнувъ въ связи съ критическимъ отношеніемъ къ существующему [2]), она отразила на себѣ особенности направленія, которому принадлежало нѣкогда господствующее значеніе въ юриспруденціи. Печать дисциплины этической, съ нормативнымъ характеромъ была традиціонной принадлежностью ея.

Важная и вліятельная, въ качествѣ нравственно-критической инстанціи, старая философія права всегда страдала неточностью

[1]) Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893. Bd. I, S. 82ff.

[2]) См. выше, стр. 4—6.

спеціально-юридическихъ опредѣленій. Въ этомъ отношеніи ея главный недостатокъ заключался въ неумѣньѣ найти границы для понятія права, къ которому она относила не только положительныя опредѣленія, но и нравственныя требованія. Между тѣмъ значеніе послѣднихъ, какъ бы ни было оно безспорно, имѣетъ совершенно особый характеръ и не должно быть смѣшиваемо съ дѣйствіемъ первыхъ. Историческая школа не только не устранила этого недоразумѣнія, а напротивъ, способствовала его утвержденію въ наукѣ. Смѣшеніе начиналось у нея только съ другого конца, такъ какъ исходной ея цѣлью было доказать не дѣйствительность идеальнаго, а идеальность дѣйствительнаго, что приводило, впрочемъ, къ тому же расширенію рамокъ существующаго на счетъ долженствующаго. Однако, важнымъ результатомъ стремленій этой школы явилось то, что центръ тяжести перенесенъ былъ въ область положительнаго права, которое вдругъ выросло въ интересѣ и значеніи. Когда къ этому присоединилось болѣе точное пониманіе существа положительныхъ нормъ, необходимо должно было произойти и соотвѣтствующее измѣненіе въ содержаніи философіи права. Таково было первое условіе, изъ котораго объясняются новыя ея тенденціи.

Второе заключается въ общемъ разочарованіи опытами естественно-правовыхъ построеній, столь характернымъ для нашего времени. Утомленные противорѣчіемъ отдѣльныхъ системъ, современные юристы готовы совершенно отказаться отъ поисковъ идеальныхъ началъ. Попытки старой философіи права кажутся имъ зараженными наслѣдственнымъ грѣхомъ субъективизма и лишенными научнаго значенія. Болѣе того, самое осуществленіе въ правѣ нравственныхъ началъ начинаетъ казаться инымъ изслѣдователямъ несбыточной мечтой, — «идеаломъ, сіяющимъ издалека, подобно недосягаемому созвѣздію», по выраженію Меркеля. А вмѣстѣ съ тѣмъ среди юристовъ все болѣе утверждается сознаніе, что положительное право, каково бы оно ни было по своимъ нравственнымъ свойствамъ, имѣетъ самостоятельный интересъ и особое значеніе, въ качествѣ порядка, властно регулирующаго общественныя отношенія. Это не только реальная сила, которая господствуетъ надъ нами и съ которой мы должны поэтому считаться, но вмѣстѣ и твердая почва, на которой воздвигается зданіе нашихъ неотъемлемыхъ правъ и

непререкаемыхъ притязаній. Вотъ почему точное знаніе дѣйствующаго права имѣетъ высокую практическую важность. Современная юриспруденція проникнута этимъ убѣжденіемъ. Философія права отвѣчаетъ на запросы времени и, съ своей стороны, старается способствовать изученію положительнаго матеріала. Отсюда ея стремленіе къ установленію точныхъ юридическихъ понятій, которыя могли бы служить отправными пунктами для спеціальныхъ изслѣдованій.

Я замѣтилъ уже выше, что и это новое направленіе становится подъ знамя историзма. Его послѣдователи не хотятъ знать никакого иного права, кромѣ дѣйствительно-историческаго, т. е. строго-позитивнаго. Съ этой точки зрѣнія взгляды Савиньи представляются имъ еще не проникнутыми истиннымъ историческимъ духомъ. Опять старая доктрина объявляется не-исторической [1]). «Durch die historische Schule, aber über die historische Schule hinaus» [2]) — таковъ лозунгъ философіи положительного права, являющійся, впрочемъ, характернымъ для всей юриспруденціи нашего времени.

Поскольку это новое теченіе исходитъ изъ интереса къ положительному праву и изъ стремленія къ точнымъ юридическимъ опредѣленіямъ, оно является не только законнымъ, но и совершенно необходимымъ направленіемъ мысли. Въ этомъ отношеніи ему можно только сочувствовать. Другой вопросъ, въ какой мѣрѣ его основныя тенденціи устраняютъ задачи, преслѣдовавшіяся прежней философіей права. Ни Меркель, ни Бергбомъ не думаютъ, подобно Гуго, отрицать связь права съ нравственностью; еще менѣе склонны они идеализировать существующее, подобно Савиньи [3]). Ихъ полемика съ естественнымъ правомъ объясняется отчасти противодѣйствіемъ противъ смѣшенія существующаго и долженствующаго, въ которомъ столь повинна была старая философія, отчасти скептическимъ отношеніемъ къ попыткамъ идеальныхъ построеній. Чтобы оцѣнить значеніе этой полемики, мы должны войти въ болѣе подробное разсмотрѣніе взглядовъ отдѣльныхъ представителей направленія.

---

[1]) См. выше, стр. 134.

[2]) Bergbohm, Jur. und Rechtsph. I, S. 25.

[3]) См. выше, стр. 84—85.

2. Меркель [1]).

а.) Въ пользу преобразованія философіи права Меркель высказался впервые въ извѣстной статьѣ своей, помѣщенной имъ въ 1874 году въ журналѣ Грюнгута [2]).

Основное утвержденіе Меркеля состоитъ въ томъ, что философія права должна имѣть предметомъ своего изученія тотъ же самый положительный матеріалъ, что и юриспруденція. Задача философіи вообще заключается не въ томъ, чтобы противопоставлять міру дѣйствительности свои построенія, а въ томъ, чтобы понимать существующее, какъ оно ёсть. Поэтому, и философія права должна заниматься правомъ дѣйствительно-существующимъ. Обобщеніе конечныхъ выводовъ, доставляемыхъ спеціальными юридическими науками, вотъ ея настоящая задача. Она должна стать общей частью положительной юриспруденціи [3]).

Вполнѣ послѣдовательно было осудить, съ этой точки зрѣнія, прежнее идеалистическое направленіе, которое заявляло притязаніе на особую научную область. По мнѣнію Меркеля, оно должно быть отвергнуто вмѣстѣ съ тѣмъ дуалистическимъ взглядомъ, который служитъ его предположеніемъ и согласно съ которымъ, на ряду съ правомъ положительнымъ, существуетъ еще какое-то другое право естественное (или идеальное, раціональное и т. п.). Относить понятіе права и къ идеальнымъ требованіямъ ошибочно и произвольно. Если же устранить эту неправильность, то отъ соотвѣтствующихъ научныхъ стремленій останется лишь интересъ къ идеѣ, которая воплощается въ положительномъ правѣ. «Но здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ чѣмъ-либо различнымъ отъ

---

[1]) Нѣкоторыя замѣчанія о философскихъ взглядахъ Меркеля можно найти въ книжкѣ Petrone, La fase recentissima della filosofia del dritto in Germania. Pisa 1895, pp. 21—41 и въ статьѣ Hertling'a, помѣщенной въ „Philosoph. Jahrbuch der Görres – Gesellschaft“ за 1895 годъ, подъ заглавіемъ „Ueber die Methode und Aufgabe de Rechtsphilosophie“. См. также рецензію Шютце въ журналѣ Грюнгута (1879 г.).

[2]) Grünhut's Zeitschrift für das Privat u. öff. Recht. Bd. I (1874). SS. 1—10 и 402—421. Ср. также статью: „Rechtsphilosophie“ въ сборникѣ Фишера „Rechtsforschung und Rechtsunterricht auf den deutschen Universitäten“. Berlin 1893. S. 128ff.

[3]) Grünhut's Zeitschr. SS. 8—10, 402ff, 418.

(дѣйствительнаго) права, а съ его существеннымъ моментомъ, съ его собственной субстанціей». Такимъ образомъ, эта идея относится къ той же самой сферѣ, что и положительная юриспруденція. Нельзя также удерживать раздвоенія философіи права и юридической науки и въ томъ смыслѣ, чтобы къ первой относить разсмотрѣніе содержанія, а ко второй—изученіе формы права. Разграниченіе въ правѣ этихъ двухъ моментовъ и Меркель считаетъ настоятельно необходимымъ [1]), но думаетъ, что ни юриспруденція, ни философія права не могутъ заниматься исключительно какимъ-либо однимъ изъ нихъ, безъ ущерба для своихъ цѣлей [2]). Наконецъ, и всякія иныя попытки обособленія философіи права представляются ему несостоятельными: въ томъ или другомъ видѣ, философія не можетъ обойтись безъ изученія конкретнаго юридическаго матеріала, который, въ свою очередь, нуждается въ ея обобщающихъ указаніяхъ [3]).

Взгляды Меркеля, очевидно, отражаютъ на себѣ стремленія юриспруденціи къ изученію положительнаго права, какъ единственно-дѣйствительнаго. Идущія со временъ Савиньи, эти стремленія подкрѣпляются у него, какъ болѣе строгими представленіями о существѣ права, такъ и методологическими требованіями позитивизма, настаивающаго на связи философіи съ эмпирической наукой и съ спеціальными ея развѣтвленіями [4]). Въ этомъ именно смыслѣ восполняется въ его статьѣ программа исторической школы, о недостаточности которой онъ заявляетъ въ самомъ началѣ своихъ разсужденій [5]). Мы ничего не имѣемъ возразить противъ требованій конкретнаго фактическаго изученія, которое можетъ лишь оказаться полезнымъ для философскихъ выводовъ. Точно также нельзя ничего сказать и противъ обозначенія философіи права общей частью правовѣдѣнія, если только помнить, что она является вмѣстѣ съ тѣмъ и спеціальнымъ отдѣломъ филосо-

---

[1]) Объ этомъ онъ высказывается особенно ясно въ Archiv für öff. Recht. Bd VIII (1893), S. 611.

[2]) Grünhut's Zeitschr. l. c. SS. 410—412.

[3]) Ibid. S. 415ff.

[4]) Ibid., SS. 403, 412.

[5]) Ibid, SS. 1—2.

фіи. Въ этомъ послѣднемъ качествѣ она невольно выходитъ изъ границъ собственно-юридической области, ища сближенія съ родственными научными сферами. Подобная поправка нисколько не противорѣчитъ основной мысли Меркеля, для котораго важно лишь признаніе единства спеціальнаго объекта изученія, т. е. однородности понятія права для философа и для юриста. Но сторонники идеалистическаго направленія могли бы замѣтить нашему автору, что отрицаніе дуалистическаго воззрѣнія на право не способно еще устранить нравственно-критическихъ стремленій старой философіи: можно оставаться вѣрнымъ строго-юридическимъ понятіямъ и говорить объ идеальныхъ требованіяхъ, имѣющихъ значеніе для права, въ силу связи его съ нравственностью [1]). Въ концѣ концовъ и Меркель признаетъ подобныя требованія, называя ихъ даже традиціоннымъ терминомъ «высшихъ критеріевъ для оцѣнки права» (die obersten Wertmaasse für seine Beurtheilung) [2]). Онъ думаетъ только, что критеріи эти, какъ находящіеся въ предѣлахъ возможнаго развитія данныхъ условій, должны выводиться изъ разсмотрѣнія дѣйствительности: отсюда мы заключаемъ, какое именно изъ возможныхъ направленій развитія слѣдуетъ поддерживать. Представленіе о долженствующемъ есть послѣдствіе нашего сужденія о существующемъ (das «Soll» ist nur eine Cosequenz des Urtheils über das «Ist»). Медикъ изъ наблюденія здороваго и больнаго человѣка выводитъ представленіе о нормальномъ устройствѣ и нормальныхъ функціяхъ человѣческаго организма. Ботаникъ тѣмъ же путемъ наблюденія приходитъ къ установленію нормальныхъ видовъ растеній. Повсюду наблюденіе жизни помогаетъ намъ опредѣлять идеальныя формы развитія, которыя, смотря по значенію ихъ для нашихъ интересовъ, могутъ явиться

---

[1]) Образцомъ подобной постановки вопроса можетъ служить сочиненіе Штаммлера Ueber die Methode der geschichtl. Rechtstheorie.

[2]) См., напр., Сборникъ Фишера, S. 128.—Въ видахъ точности слѣдуетъ прибавить, что въ этомъ пунктѣ Меркель не имѣлъ опредѣленнаго мнѣнія, то включая вопросъ о нравственныхъ критеріяхъ права въ предѣлы философскаго изученія (какъ въ только что цитированномъ мѣстѣ), то объявляя его несоотвѣтствующимъ теоретическому характеру философіи (Grünhut's Zeitschr. l. c. S. 418). Самый вопросъ, однако, онъ считалъ вполнѣ законнымъ.

вмѣстѣ съ тѣмъ и желательными цѣлями нашихъ стремленій. Если при этомъ замѣшаны интересы нравственные, то возникающее такимъ образомъ требованіе полагаетъ основу нравственному долженствованію [1]).

Послѣднее замѣчаніе Меркеля служитъ важной поправкой къ его утвержденію, будто бы о долженствующемъ мы судимъ по существующему. Желательныя формы развитія получаютъ въ нашихъ глазахъ этическій характеръ только тогда, когда онѣ находятъ опору въ нашемъ нравственномъ сознаніи. Въ этической области и слѣдуетъ, поэтому, искать критеріевъ для моральной оцѣнки права. Примѣры медика и ботаника нельзя назвать подходящими, такъ какъ сужденія ихъ не имѣютъ никакого отношенія къ нравственности [2]). При установленіи требованій этическихъ ознакомленіе съ существующими условіями необходимо лишь въ цѣляхъ индивидуализированія предписаній морали. Самыя же эти предписанія выводятся изъ совокупности нашихъ нравственныхъ представленій.

Всѣ эти соображенія сами собою приводятъ насъ къ признанію идеалистическаго направленія философіи права, которое развивалось въ тѣсной связи съ этикой. Реформа этого направленія должна заключаться не въ полномъ устраненіи его основной проблеммы, а въ ограниченіи его преувеличенныхъ притязаній и въ восполненіи его обобщеній болѣе точными юридическими выводами. Въ этомъ отношеніи для насъ еще драгоцѣннѣе сознаніе Меркеля, что основныя предписанія права, разсматриваемыя со сто-

---

[1]) Grünhut's Zeitschr. l. c. SS. 418—419.

[2]) Примѣры изъ области естественныхъ наукъ приводили иногда Меркеля къ еще болѣе рискованнымъ сопоставленіямъ. Такъ, въ рецензіи на одну изъ книгъ Шуппе (Philosoph. Monatshefte. Bd. XXIV (1888), S. 82) онъ утверждаетъ, что вопросы объ объективныхъ основаніяхъ раціональной обязательности права такъ же далеки для юридической науки, какъ для географіи вопросъ о томъ, „имѣетъ ли какой-либо разумный смыслъ, что источники Рейна лежатъ въ Альпахъ". Если здѣсь имѣется въ виду юриспруденція догматическая, которой единственная цѣль — изученіе существующаго права, то вопросы этическіе для нея, конечно, безразличны. Другое дѣло, если авторъ хочетъ вообще приравнять право объектамъ внѣшней природы; въ этомъ случаѣ мысль его содержитъ грубое смѣшеніе понятій (см. по этому поводу замѣчанія Штаммлера (Ueber die Methode der geschichtl. Rechtstheorie, SS. 57 и 20—21) и Шуппе (Das Gewohnheitsrecht. S. 44, Note).

роны ихъ обязательной силы, являются вмѣстѣ съ тѣмъ и предписаніями морали, и въ этомъ качествѣ составляютъ предметъ особой дисциплины, имѣющей самостоятельное положеніе на ряду съ юридической наукой. Дисциплинѣ этой нельзя только присвоивать названіе философіи права; она представляетъ собою часть этики, ученіе о справедливомъ (Lehre vom Gerechten) [1]). — Дѣло, конечно, не въ названіи; но едва ли можно согласиться съ тѣмъ, чтобы философія права, призванная разсматривать свой предметъ со всѣхъ сторонъ, не разсматривала его и со стороны этической. Важно, во всякомъ случаѣ, и то, что авторъ признаетъ указываемую здѣсь проблемму, а вмѣстѣ съ ней и существеннѣйшую задачу идеалистической философіи права. Въ своихъ очеркахъ общаго правовѣдѣнія и самъ онъ не могъ обойти этой задачи вполнѣ [2]). Онъ говорилъ здѣсь о нравственно-обязательной силѣ права и о понятіи справедливости, какъ объ одномъ изъ факторовъ правообразованія. Однако, въ отношеніи его къ нравственнымъ началамъ сказываются всѣ послѣдствія воззрѣнія, склоннаго умалять значеніе ихъ въ исторіи. Во-первыхъ, онъ подчеркиваетъ ихъ субъективность и относительность, обусловленную зависимостью отъ измѣнчивыхъ условій жизни; во-вторыхъ, онъ всюду старается отмѣтить роль другихъ факторовъ, ограничивающихъ вліяніе нравственныхъ силъ. Не отрицая извѣстныхъ общихъ элементовъ нравственнаго развитія, изъ которыхъ, и по его мнѣнію, можетъ почерпаться масштабъ для критики существующаго права, онъ считаетъ этотъ масштабъ однимъ изъ историческихъ данныхъ, столь же относительнымъ, какъ и всѣ прочіе. Въ сущности требованія морали не противопоставляются у него дѣйствительности, какъ долженствующее, а вставляются въ число другихъ факторовъ исторіи, утрачивая свое безусловное значеніе. Такъ видоизмѣняетъ Меркель понятія идеалистической этики, приводя ихъ въ связь съ основными своими воззрѣніями: и здѣсь вопросъ идетъ для него лишь объ анализѣ одного изъ историческихъ условій правообразованія, т. е. остается въ предѣлахъ историче-

---

[1]) Grünhut's Zeitschr. l. c. SS. 413—413.

[2]) См. его „Elemente der allgemeinen Rechtslehre“ (въ Holtzendorff's Encyclopädie) V Aufl. 1890. §§ 8, 13, 14, а также Jurist-Encyclopädie, §§ 47, 48, 49.

скаго изслѣдованія дѣйствительности. Между тѣмъ, какъ онъ справедливо замѣчаетъ, для системы идеализма нравственный критерій имѣлъ бы значеніе лишь въ томъ случаѣ, если бы онъ почерпался изъ психологическихъ или историческихъ фактовъ, которымъ присущъ характеръ долженствованія. Отыскать точку зрѣнія, съ которой можно было бы оправдать подобное значеніе нравственнаго цринципа, Меркель считаетъ невозможнымъ, почему онъ и рекомендуетъ совершенно отказаться отъ такихъ изысканій и ограничиться изученіемъ существующаго. Это вновь возвращаетъ нашего автора къ его основному взгляду на задачи философіи права [1]).

Мы не можемъ здѣсь входить въ подробный разборъ послѣднихъ заключеній Меркеля: это значило бы разобрать одно изъ основныхъ разногласій идеализма и позитивизма, что завело бы насъ слишкомъ далеко. Замѣтимъ только, что точка зрѣнія автора оставляетъ безъ разъясненія одно изъ основныхъ свойствъ нравственныхъ постулятовъ,—ихъ безусловный характеръ. Идеалистическая этика не выдумала этого свойства, но отправлялась отъ него, какъ отъ факта нравственнаго сознанія, нуждавшагося, подобно всякому факту, въ своемъ объясненіи. Объ измѣнчивости содержанія моральныхъ понятій въ наше время безполезно спорить: это—явленіе, на каждомъ шагу свидѣтельствуемое исторіей. Однако, это не мѣшаетъ намъ говорить о безусловности нравственныхъ опредѣленій, которыя только облекаясь въ форму абсолютнаго долженствованія, пріобрѣтаютъ значеніе этическихъ нормъ. Классическіе выводы Канта могутъ служить въ данномъ вопросѣ лучшимъ средствомъ оріентированія. Какъ бы то ни было, Меркель признаетъ однако же дуализмъ нравственнаго сознанія и положительнаго права, а слѣдовательно, и возможность критики существующаго. Онъ можетъ, какъ угодно, истолковывать сущность нравственныхъ велѣній, и все же вліяніе ихъ на образованіе права остается безспорнымъ.

Прійдя къ этому благопріятному для насъ выводу, мы встрѣчаемся, однако, съ новымъ рядомъ скептическихъ замѣчаній пи-

---

[1]) См. ко всему этому Holtzendorff's Encycl. SS. 90—91 (добавочный параграфъ къ очерку Гейера, подъ заглавіемъ: „Zukunft der Rechtsphilosophie“).

сателя. Если до сихъ поръ мы находились на почвѣ методологіи, то теперь мы вступаемъ въ область исторіи. Путемъ соображеній историческаго характера Меркель старается намъ показать, сколь ограниченное значеніе принадлежитъ въ правообразованіи нравственному фактору. Ознакомленіе съ исторической теоріей автора поможетъ намъ окончательно выяснить его взглядъ на положительное право.

b). Въ своей исторической теоріи Меркель является ученикомъ Іеринга. Признавая значеніе начинаній Савиньи, онъ считаетъ его точку зрѣнія односторонней и недостаточной [1]). Но и къ идеямъ Іеринга онъ относится самостоятельно, стараясь дать имъ дальнѣйшее развитіе [2]). Попытка усовершенствовать теорію правообразованія представляетъ самый любопытный пунктъ его философскихъ воззрѣній [3]).

Существенная реформа, произведенная Меркелемъ въ Іерингової телеологіи, состоитъ въ разрушеніи ея оптимистическаго характера. Господствующей идеей сочиненія ‹Zweck im Recht›, представляющаго заключительное слово теоріи Іеринга, являлось предположеніе гармоніи частныхъ интересовъ, изъ совокупности которыхъ образуется цѣль общественная. Возможность индивидуальныхъ противорѣчій, съ такой ясностью намѣченная въ брошюрѣ ‹Kampf um's Recht›, въ позднѣйшемъ сочиненіи знаменитаго юриста, если не забывается вполнѣ [4]), то во всякомъ случаѣ отступаетъ на задній планъ предъ мыслью о совпаденіи частныхъ стремленій въ одно общее. На этомъ именно основаніи Іерингъ

---

[1]) См. цитир. выше статью въ Grünhut's Zeitschr. Bd. I (1874), SS. 1—2; подробнѣе въ спеціальной статьѣ: „Ueber den Begriff der Entwicklung“, помѣщенной въ томъ же журналѣ, Bde III—IV (1876 и 1877).

[2]) Меркель самъ ясно опредѣляетъ свое отношеніе къ Іерингу въ рефератѣ о своемъ предшественникѣ (R. v. Jhering. Jena 1893. S. 35).

[3]) Къ характеристикѣ относящихся сюда взглядовъ Меркеля, кромѣ только что цитированныхъ статей, можетъ служить статья: „Recht und Macht“ (Schmoller's Jahrbuch. Bd. V. (1881); соотвѣтствующіе параграфы въ Juristische Encyclopädie (Berlin u. Leipzig 1885) и Holtzendorff's Encyclop. (Leipzig 1890), а также очеркъ по философіи уголовнаго права „Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht“ (Strassburg 1892).

[4]) Такъ, напр., см. Zweck.., I, 257.

утверждаетъ свою систему общественнаго утилитаризма. Желаніе писателя видѣть въ юридическихъ нормахъ общественные императивы, всецѣло порождаемые историческимъ развитіемъ, приводило его въ данномъ случаѣ къ заключеніямъ, которыхъ односторонность должна была обнаружиться для послѣдующей критики [1]). Согласно съ позднѣйшими взглядами Іеринга, право является не столько результатомъ столкновенія различныхъ цѣлей, сколько продуктомъ ихъ соединенія въ одну общую цѣль. Между тѣмъ, какъ ни справедлива была мысль о необходимости сочетанія частныхъ силъ для произведенія общаго дѣйствія, однако, полное согласіе ихъ остается недостижимымъ. Извѣстная дисгармонія общественныхъ элементовъ является столь же естественнымъ послѣдствіемъ индивидуальныхъ различій, сколь необходимымъ представляется примиреніе ихъ для соціальнаго общенія. Іерингъ[2]) развилъ преимущественно второе изъ этихъ положеній, Меркель подчеркиваетъ первое. Право, по его мнѣнію, есть прежде всего и главнымъ образомъ, результатъ перемирія частныхъ силъ. Кратко выраженная его теорія гласитъ: *право есть компромиссъ*.

Съ этимъ измѣненіемъ связываются и другія. Меркель не думаетъ, подобно Іерингу, чтобы зданіе морали воздвигалось исключительно на почвѣ общественности. «Индивидуальное сознаніе не только отражаетъ въ себѣ окружающій міръ, подобно тому, какъ ручей отражаетъ лѣсъ, чрезъ который протекаетъ, но заключаетъ въ себѣ собственное стремленіе къ развитію и самостоятельный источникъ духовной жизни. Общественные императивы никогда не пріобрѣли бы власти надъ личностью и не обратились бы въ велѣнія ея собственной совѣсти, если бы въ ней не было задатковъ къ соотвѣтствующему хотѣнію. За положеніемъ: «я долженъ», сознаваемымъ въ качествѣ обязательнаго, скрывается «я хочу», которое, подобно нѣжному растенію, созрѣваетъ до самостоятельной (нравственной) силы подъ охранительнымъ покровомъ общественныхъ предписаній» [3]). Такимъ образомъ, нравственный про-

---

[1]) См. выше, стрр. 158—159.

[2]) Въ „Zweck im Recht“.

[3]) Vergeltungsidee und Zweckgedanke, SS. 50—51. — Ср. также рефератъ о Іерингѣ, S. 31 и Holtzendorff's Encycl. § 14,10.

грессъ представляется Меркелю результатомъ взаимодѣйствія общества и личности, носящей въ себѣ извѣстныи нравственныя предрасположенія. Соотвѣтственно съ этимъ, понятія справедливости и общественной цѣлесообразности строго различаются.

Со времени споровъ древнихъ грековъ о справедливости рабства, говоритъ Меркель, никто серьёзно не думалъ обосновывать свое мнѣніе о несправедливости этого учрежденія ссылкой на вредныя послѣдствія его для господствующихъ въ обществѣ интересовъ. Точно также едва ли кто думаетъ о цѣлесообразныхъ общественныхъ учрежденіяхъ при разрѣшеніи вопроса о загробной справедливости. Если, далѣе, возникаетъ рѣчь о справедливости порицанія, которому кто-либо подвергся, то сомнѣніе относится вовсе не къ цѣлесообразности этого порицанія; и когда наши предки вѣрили въ возможность доказать справедливость своего дѣла судомъ Божіимъ, то они ожидали божественнаго удостовѣренія не для общественнаго значенія, а для истинности своихъ утвержденій. Справедливость извѣстныхъ сужденій покоится на ихъ нравственной и фактической вѣрности. Въ юридической области она проявляется въ видѣ правильной оцѣнки данныхъ отношеній, причемъ принимаются въ расчетъ не только общественные интересы, но также и собственное значеніе положеній и лицъ [1]).

Такъ вся система общественнаго утилитаризма подвергается у Меркеля сомнѣнію. Но вмѣстѣ съ тѣмъ право перестаетъ казаться ему вѣрнымъ отраженіемъ общаго блага и получаетъ характеръ сочетанія противоположныхъ элементовъ. Вопросъ о его существѣ значительно усложняется, такъ какъ опредѣляющее начало утрачиваетъ здѣсь свойства внутренней цѣльности и единства, присущія основному понятію телеологіи Іеринга. Если и Меркель считаетъ субъектомъ права общество [2]), то это слѣдуетъ понимать съ извѣстными ограниченіями, на которыя мы уже указали.— Для насъ важно опредѣлить подробнѣе и точнѣе, какое же мѣсто отводитъ Меркель въ своей теоріи правообразованія идеѣ справедливости. Здѣсь-то мы и встрѣчаемся съ упомянутыми выше скептическими воззрѣніями автора. Вотъ вкратцѣ его теорія.

---

[1]) Holtzendorff's Encyclop. § 14 и Jurist. Encycl. § 24ff.

[2]) Holtzendorff's Encycl. § 10.

Право возникаетъ въ мірѣ жизненныхъ столкновеній и противорѣчій. Съ этимъ характеромъ происхожденія права тѣсно связано основное стремленіе его къ установленію нейтральной почвы для примиренія противорѣчивыхъ притязаній. Подобное стремленіе является творческимъ въ области права и проникаетъ всю его исторію. Вездѣ, гдѣ обнаруживаются столкновенія, развиваются и силы, несущія съ собою примирительныя тенденціи. Необходимость ввести въ извѣстныя границы борьбу и проистекающія изъ нея бѣдствія для спорящихъ сторонъ и третьихъ лицъ влечетъ за собой образованіе нейтральныхъ инстанцій, которыя, оставаясь чуждыми спору и будучи дружественны спорящимъ, могли бы призываться ими на помощь для водворенія мира. Въ этомъ и заключается задача объективнаго права, идеаломъ котораго является расширеніе сферы его господства и безусловное осуществленіе присущаго ему (нейтральнаго) принципа. Воплощеніемъ этого идеала было бы право, имѣющее всеобщее значеніе и признаваемое всѣми, противопоставляющее различію частныхъ интересовъ ихъ общность, примѣняющее ко всѣмъ одинаковую мѣру и доставляющее каждому свое, къ силу принципа «suum cuique». Подобное право противоположило бы борьбѣ отдѣльныхъ взглядовъ чистую и безспорную истину въ дѣлѣ устроенія человѣческихъ отношеній [1]). Это было бы вмѣстѣ и полнымъ осуществленіемъ принципа справедливости, ибо справедливость права состоитъ именно въ томъ, что оно примѣняетъ къ притязаніямъ конкурирующихъ сторонъ одинъ и тотъ же масштабъ, что, оставаясь чуждымъ индивидуальнымъ противорѣчіямъ, оно сохраняетъ нейтральное положеніе и оказывается одинаково близкимъ ко всѣмъ заинтересованнымъ и къ тому, что для нихъ имѣетъ значеніе истины [2]). Однако, этотъ идеалъ оказывается столь же недостижимымъ, сколько желательнымъ.

Это объясняется, прежде всего, зависимостью права отъ соотношенія примиряемыхъ силъ. Стремленіе его къ общему уравненію встрѣчаетъ препятствіе въ притязаніяхъ могущественныхъ партій. Въ развитомъ юридическомъ оборотѣ не можетъ быть и

---

[1]) Schmoller's Jahrbuch S. 440ff. (Статья „Recht und Macht“).

[2]) Jurist. Encycl. § 33.

рѣчи о томъ первоначальномъ значеніи частныхъ силъ, когда права отдѣльныхъ лицъ всецѣло зависѣли отъ ихъ способности къ самозащитѣ, когда все опредѣлялось взаимнымъ испытаніемъ могущества спорящихъ сторонъ. Тѣсная связь индивидуальнаго права и индивидуальной силы, характеризующая первобытныя ступени развитія, уступаетъ постепенно мѣсто новому порядку вещей, соотвѣтствующему бо́льшему сосредоточенію силы у нейтральныхъ инстанцій. Переходя къ активной роли, онѣ ограничиваютъ значеніе фактическаго перевѣса силъ и устраняютъ ту взаимную пробу ихъ, которая рѣшала дѣло ранѣе. Юридическій вопросъ переходитъ на точку зрѣнія справедливости. Признаніе извѣстныхъ правъ относится здѣсь и къ прошлому и къ будущему. Оно содержитъ въ себѣ этическую оцѣнку событій, предшествующихъ данному притязанію и лежащихъ въ его основѣ. Вслѣдствіе этого, уменьшается значеніе различія между слабыми и сильными. Право вступаетъ даже въ нѣкоторое противорѣчіе съ силой, протягивая руку слабымъ [1]). Однако, не смотря на все это, оно не можетъ отрѣшиться вполнѣ отъ вліянія частныхъ силъ. Это возможно еще въ сферѣ опредѣленія конкретныхъ правъ на основѣ нормъ существующихъ; но самое установленіе юридическихъ нормъ попрежнему остается въ зависимости отъ указаннаго вліянія. Дѣло въ томъ, что право не можетъ отыскать точку опоры внѣ того міра противоположныхъ интересовъ и силъ, къ которому оно само принадлежитъ и изъ котораго оно черпаетъ свою силу. Эта задача столь же неисполнима, какъ желаніе Архимеда найти внѣ міра точку опоры, съ которой можно было бы привести его въ движеніе. Развиваясь изъ противорѣчій и столкновеній, право стремится сдѣлаться силой, господствующей надъ всѣми другими силами. Его цѣль на мѣсто хаоса сталкивающихся и противорѣчивыхъ воль поставить законъ одной верховной воли. Но это возможно только при помощи существующихъ факторовъ, и особенно самаго могущественнаго изъ нихъ. Затрудненіе увеличивается еще тѣмъ, что нельзя найти такого принципа, на искреннемъ признаніи котораго могли бы сойтись всѣ партіи.

---

[1]) Schmoller's Jahrb. S. 449.

Человѣческіе интересы не гармонируютъ между собой. Глубокіе контрасты, вытекающіе не изъ различія воззрѣній на добро и зло, а изъ сложности человѣческой природы и условій человѣческаго существованія, непреодолимы. Развитіе культуры приводитъ нѣкоторые интересы во взаимную зависимость, но не можетъ уничтожить противорѣчій вообще. Болѣе зрѣлая культура приноситъ даже съ собою противорѣчія болѣе глубокія и болѣе разнообразныя. А при этомъ сохраняютъ постоянно свое значеніе и противорѣчія болѣе общаго свойства: стараго и новаго, личности и государства и т. п. Немыслимо, поэтому, чтобы право когда-либо одновременно воздало должное всѣмъ законнымъ интересамъ. Столь же мало способно оно урѣзать одинаково всѣ притязанія, ибо для этого не существуетъ никакого масштаба. Оно неизмѣнно будетъ содержать въ себѣ элементы внутренне не обоснованнаго предпочтенія, т. е. элементы партійности и несправедливости. И эта партійность будетъ всегда служить выраженіемъ различія силъ: предпочтеніе будетъ выпадать на долю болѣе сильной партіи.

Сообразно съ этимъ, право имѣетъ характеръ компромисса. Какъ всякій компромиссъ, оно покоится на признаніи законности притязаній обѣихъ сторонъ; и какъ всякій компромиссъ, оно указываетъ на соотношеніе силъ обѣихъ сторонъ. Прогрессъ въ области общественной организаціи не затрогиваетъ этого характера права. Правда, вмѣсто насильственныхъ переворотовъ, онъ создаетъ новое средство къ измѣненію существующаго, въ видѣ мирныхъ реформъ. Но и здѣсь опредѣляющимъ моментомъ остается соотношеніе силъ. На мѣсто войны выступаетъ борьба партій, въ которой рѣшеніе попрежнему склоняется на долю стороны болѣе сильной. За партійной же борьбой вырисовывается призракъ гражданской войны, которая можетъ быть вызвана попыткой продолжительнаго игнорированія могущественныхъ факторовъ. Въ организованномъ государствѣ устроено, конечно, такъ, чтобы ходъ вещей не зависѣлъ исключительно и безусловно отъ даннаго отношенія силъ; нейтральныя инстанціи обнаруживаютъ здѣсь свое вліяніе и стремятся исходить изъ точекъ зрѣнія, лежащихъ внѣ борьбы партій. Однако, о полномъ отрицаніи партійныхъ силъ и здѣсь не можетъ быть рѣчи, и коренныя реформы всегда будутъ совершаться въ духѣ болѣе могущественныхъ партійныхъ движеній.

Но если такъ, если право никогда не можетъ освободиться отъ союза съ силой, то заслуживаетъ ли оно того уваженія, съ какимъ мы относимся къ его предписаніямъ? Какъ приходитъ оно въ связь съ нравственностью, въ которую мы постоянно его ставимъ? Отвѣтъ Меркеля на эти вопросы чрезвычайно характеренъ; онъ вскрываетъ намъ основную мысль направленія, которое мы теперь изучаемъ: право уже само по себѣ, помимо нравственной квалификаціи, имѣетъ свое значеніе, собственно ему присущее.

Если юридическій порядокъ и является отраженіемъ господствующихъ въ обществѣ силъ, то онъ, во всякомъ случаѣ, служитъ къ прекращенію безпрестанной партійной борьбы и постоянныхъ взаимныхъ испытаній. Онъ имѣетъ значеніе, если не абсолютное, то относительное, какъ мирный договоръ, все равно въ какой бы формѣ онъ ни состоялся [1]). Такова главнѣйшая функція права. Оно можетъ, конечно, кромѣ этого обнаруживать принадлежащее ему свойство нейтральности и отдавать иногда предпочтеніе качеству силы надъ ея количествомъ, сообщая искусственный перевѣсъ болѣе слабому, но лучшему дѣлу. Но въ этомъ отношеніи, какъ было уже показано, ему поставлены непреодолимыя преграды. Поэтому, оно постоянно остается несовершеннымъ, что и служитъ источникомъ постояннаго движенія, основой для жалобъ и агитаціи въ его сферѣ. Здѣсь коренится движущій элементъ исторіи права, вѣчно влекущій къ новымъ реформамъ, которыя кажутся блестящими, въ качествѣ проектовъ, разрѣшающихъ старыя проблеммы и утрачиваютъ это свойство, когда осуществляются. Право является, поэтому, священнымъ только относительно и неодинаково въ различныхъ своихъ частяхъ. Исторія стремится къ усиленію его значенія; но полное достиженіе идеала немыслимо.

Однако, прибавляетъ Меркель, предпочтеніе, неизбѣжно оказываемое правомъ силѣ, имѣетъ за себя и нѣкоторыя нравственныя основанія. Уваженіе, съ которымъ мы относимся къ проявленіямъ выдающейся силы, стоитъ въ связи съ значеніемъ ея въ борьбѣ за существованіе, съ ея способностью удовлетворять потребно-

[1]) Кромѣ излагаемой статьи „Recht und Macht“, см. къ эт. Holtzendorff's Encycl. § 11,.

стямъ массъ въ руководствѣ. Далѣе, въ борьбѣ народовъ и партій болѣе сильная сторона не случайно оказывается лучшей морально. Бо́льшая сила указываетъ или на болѣе существенные интересы, которые способствуютъ обыкновенно развитію большей энергіи, или на интересы бо́льшаго числа лицъ,—моменты важные и съ точки зрѣнія распредѣлительной справедливости. Затѣмъ, успѣшно дѣйствующая сила свидѣтельствуетъ уже этимъ о присутствіи въ ней нравственныхъ качествъ. Никогда народы не совершали великихъ подвиговъ безъ духа преданности, самоограниченія и подчиненія со стороны гражданъ, безъ воодушевленія ихъ въ пользу общаго дѣла, безъ нравственнаго мужества. Наконецъ, если перевѣсъ моральной силы составляетъ въ борьбѣ условіе успѣха, то съ другой стороны, исходъ борьбы имѣетъ вліяніе на развитіе этой силы. Справедливость и право, которыя совершенно игнорировали бы значеніе силы, оказывали бы этимъ вредное вліяніе на развитіе моральной энергіи въ обществѣ. Ибо развитіе это совершается при напряженіи всѣхъ, а слѣдовательно и нравственныхъ силъ, при обнаруженіи ихъ не только въ качественно-хорошихъ, но и въ количественно-могущественныхъ проявленіяхъ. Такимъ образомъ, зависимость права отъ побѣдоносной силы знаменуетъ собою не пожертвованіе лучшаго дѣла, т. е. дѣла болѣе благородныхъ силъ, а, напротивъ, его усиленіе [1]).

Послѣ общаго скептическаго тона статьи въ отношеніи къ торжеству нравственныхъ началъ, заключительныя замѣчанія ея удивляютъ читателя своимъ оптимистическимъ характеромъ. Между строкъ здѣсь чувствуется отвѣтъ автора французскому писателю Фулье, обвинявшему (въ извѣстной книгѣ «L'idée moderne du droit») нѣмецкихъ философовъ въ отождествленіи права съ силой. Упоминая эту книгу въ началѣ своей статьи, Меркель отмѣчаетъ въ ней апелляцію побѣжденной Франціи къ идеѣ справедливости противъ состоявшагося надъ ней приговора силы. У самого Меркеля, за общими его разсужденіями, можно открыть защиту торжествующей Германіи противъ обвиненій въ насиліи. Желаніе Іеринга освободить историческую теорію права отъ остатковъ ро-

[1]) Schmoller's Jahrb. l. c. S. 465.

мантики достигается здѣсь вполнѣ: взгляды Меркеля можно скорѣе упрекнуть въ избыткѣ элемента прозаическаго. Онъ не то, что забываетъ требованія нравственнаго идеала, но приводитъ ихъ въ слишкомъ тѣсную связь съ силой и при этомъ болѣе говоритъ о моральномъ значеніи силы, чѣмъ о силѣ моральныхъ началъ. Во многихъ пунктахъ теорія его вѣрно изображаетъ явленія дѣйствительности, и однако, во всемъ изображеніи чувствуется извѣстная неправильность расположенія свѣта и тѣней.

Прежде всего, несомнѣнно, что сила могущественныхъ партій всегда вліяла на законодательство, и нравственному требованію, которое имѣетъ за себя лишь слабое меньшинство, не легко добиться признанія. Однако, это положеніе далеко не имѣетъ безусловнаго характера. Справедливость есть сама по себѣ сила, и торжество ея на землѣ зависитъ не отъ одного сосредоточенія власти въ рукахъ нейтральныхъ инстанцій, какъ думаетъ это, повидимому, Меркель, но и отъ присущей ей способности овладѣвать сердцами людей и пробивать себѣ дорогу, несмотря на препятствія. Она имѣетъ, поэтому, свойство усиливать факторы, которые съ ней соединяются. Предъ сознаніемъ справедливости государственныхъ реформъ, предпринимаемыхъ въ пользу слабыхъ, должны бываютъ иногда склоняться и могущественныя партіи. Изъ этого сознанія государственная власть, равно какъ и заинтересованныя стороны могутъ черпать сильнѣйшіе стимулы при осуществленіи своихъ плановъ. И Меркель признаетъ мимоходомъ, что перевѣсъ моральныхъ силъ составляетъ въ борьбѣ одно изъ условій успѣха. Недостатокъ его разсужденій состоитъ въ томъ, что онъ не освѣщаетъ этого положенія въ надлежащей мѣрѣ [1]). Точно также мы не можемъ согласиться съ заключеніемъ автора, будто бы зависимость права отъ побѣдоносной силы знаменуетъ собою укрѣпленіе «дѣла болѣе благородныхъ силъ». Побѣждаютъ и гунны. Энергія въ борьбѣ и торжество надъ противникомъ могутъ оказаться и на сторонѣ неправаго дѣла. Эгоистическіе интересы возбуждаютъ энергію не менѣе, чѣмъ благородныя стремленія. И

[1]) Въ другихъ сочиненіяхъ (см., напр., Jurist. Encycl. § 36) Меркель съ большей ясностью склоняется къ этой мысли, но во всякомъ случаѣ она не принадлежала къ числу основныхъ его утвержденій.

въ иныхъ случаяхъ зависимость права отъ побѣдоносной силы можетъ дѣйствительно оказаться пожертвованіемъ лучшаго дѣла. Вообще сила и право начала противоположныя. Они усиливаютъ другъ друга, если дѣйствуютъ совмѣстно, въ одномъ и томъ же направленіи; но совпаденіе ихъ далеко не является постояннымъ: часто они оказываются враждующими стихіями.

Впрочемъ, для насъ не столько важно отмѣтить недостатки, сколько указать значеніе взглядовъ Меркеля для направленія, которое мы теперь характеризуемъ. Изъ того, что сказано было уже ранѣе, ясно, кажется, насколько эти взгляды соотвѣтствуютъ стремленіямъ новѣйшей юриспруденціи къ изученію положительнаго права. И методологически, и исторически Меркель обосновывалъ эти стремленія, давалъ имъ философское выраженіе. Въ методологическихъ статьяхъ онъ показывалъ, насколько необходимо отправляться отъ изученія дѣйствительнаго права для всѣхъ, кто такъ или иначе соприкасается научно съ правовыми явленіями. Историческимъ своимъ созерцаніемъ онъ санкціонировалъ самостоятельное положеніе формальной юриспруденціи, изучающей данное право, какъ таковое, помимо нравственной его оцѣнки. Наконецъ, въ теоріи Меркеля нашло для себя новое продкрѣпленіе стремленіе юристовъ къ отрѣшенію отъ преувеличенно-логическаго пониманія права. Нападки на Begriffsjurisprudenz, которыми руководили столь видные юристы, какъ Іерингъ и Беккеръ, приводятся Меркелемъ въ связь съ его воззрѣніемъ на право, какъ на компромиссъ. Корни этого воззрѣнія можно открыть уже въ знаменитой брошюрѣ «Kampf um's Recht»; Меркель продолжаетъ въ этомъ отношеніи работу своего предшественника [1]). Столкновеніе въ правѣ противоположныхъ элементовъ—такова сущность его мысли—препятствуетъ юридическимъ системамъ быть строго-логическими. Раціоналистическая философія вѣрила въ логичность права, потому что считала возможнымъ вывести его изъ разума; отсюда именно черпала и романистика опору для логическихъ построеній римскаго права, считавшагося воплощеніемъ разумныхъ началъ. Школа Савиньи содѣйствовала дальнѣйшему ут-

[1]) Ср. по этому поводу собственныя замѣчанія Меркеля въ рефератѣ о Іерингѣ, SS. 34—35.

верженію «юридическаго логицизма»: ея взглядъ на право, какъ на цѣльный и стройный продуктъ народнаго духа въ высшей степени этому способствовалъ. Только съ Іеринга начинается рѣшительное противодѣйствіе противъ логической методы. У Меркеля положеніе: «das Recht... ist alogischer Natur» высказывается съ опредѣленностью истины, окончательно завоеванной для науки. — Такимъ образомъ, идеи изучаемаго писателя тѣсно связываются со всѣмъ направленіемъ современной юриспруденціи.

Мнѣ остается прибавить, что историческая теорія Меркеля, несмотря на свои скептическіе элементы, не колеблетъ все-таки представленія о нравственномъ идеалѣ. Какъ ни далека отъ этого идеала кажется ему дѣйствительность, однако, и онъ отмѣчаетъ въ идеальныхъ стремленіяхъ движущій факторъ исторіи, источникъ постоянныхъ жалобъ и волненій въ области права. Отвергая дуализмъ юридическаго созерцанія, онъ не могъ отвергнуть дуализма болѣе глубокаго, проистекающаго изъ противорѣчія жизненной дѣйствительности съ нравственнымъ сознаніемъ. Какъ мы сейчасъ увидимъ, не отвергаетъ подобнаго дуализма и Бергбомъ, который еще рѣшительнѣе, чѣмъ Меркель, выступаетъ противъ двойственности въ пониманіи права.

3. Бергбомъ [1]).

Взгляды писателя, къ характеристикѣ котораго мы теперь переходимъ, далеко еще не выражены имъ съ полной законченностью. Вышедшій въ 1892 году первый томъ его философско-юри-

---

[1]) Книгу Бергбома я цитировалъ уже не разъ. Полное ея заглавіе таково: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlugen. Erster Band: Einleitung.—Erste Abhandlung: Das Naturrecht der Gegenwart. Leipzig 1892. — Изъ рецензій, написанныхъ по поводу этой книги, особенно слѣдуетъ отмѣтить принадлежащую Меркелю (въ Archiv für öffentliches Recht. Bd. VIII (1893), S. 608ff. Очень интересны также замѣчанія о сочиненіи Бергбома въ новой книгѣ Штаммлера (Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Leipzig. 1896. SS. 172 — 175). Упомяну, наконецъ, рефератъ Эренцвейга въ Grünhut's Zeitschrift. Bd. XXI (1894), S. 762ff.

дическихъ изслѣдованій, имѣющихъ появиться подъ общимъ заглавіемъ «Jurisprudenz und Rechtsphilosophie», содержитъ, главнымъ образомъ, критику естественнаго права. Дальнѣйшіе томы, по плану Бергбома назначенные для разсмотрѣнія важнѣйшихъ проблеммъ юриспруденціи и философіи права, пока лишь обѣщаны авторомъ. Тѣмъ не менѣе общія черты его теоріи вырисовываются предъ нами и теперь. Это даетъ мнѣ возможность говорить о ней въ своемъ изложеніи.

Стремленіе ограничить область положительнаго права отъ всякихъ постороннихъ элементовъ является господствующей мыслью въ ученіи Бергбома. Это стремленіе связывается у него съ различеніемъ въ правѣ формы и содержанія, все болѣе утверждающимся въ юриспруденціи. Въ этомъ смыслѣ онъ и дѣлаетъ попытку реформировать теорію исторической школы, а вмѣстѣ съ тѣмъ и всю философію права.—Начну съ характеристики его исторической доктрины.

Мы знаемъ уже, что теорія историческихъ юристовъ обусловлена была въ своемъ происхожденіи потребностью найти оправданіе для положительнаго права. Поэтому, интересъ къ развитію содержанія юридическихъ нормъ являлся для нихъ кореннымъ и существеннымъ. Напротивъ, формальная обязательность права, которая въ началѣ нашего вѣка казалась ничтожной предъ высокимъ значеніемъ права естественнаго, не могла привлечь и вниманія Савиньи, вовсе не заботившагося о выдѣленіи ея въ особую категорію. Въ то время вопросъ шелъ не о болѣе точномъ опредѣленіи положительнаго права, а о доказательствѣ его правъ на существованіе. Въ наши дни подобныхъ доказательствъ болѣе не требуется, и мысль юристовъ естественно переходитъ къ дальнѣйшему шагу въ теоріи положительнаго права,—къ точному установленію его границъ. Это именно мы находимъ у Бергбома.

По мнѣнію Бергбома, Савиньи и Пухта не дали настоящей исторической теоріи. Ихъ допущенія,—что сознаніе народа заключаетъ въ себѣ дѣйствительное право, что законъ и обычай служатъ лишь средствами распознаванія права, независимо отъ нихъ возникшаго, что наука является правообразующей силой,—представляютъ собою явное нарушеніе историческаго принципа, кото-

рый долженъ находиться въ строгомъ соотвѣтствіи съ дѣйствительностью. Савиньи и Пухта не нашли также и точныхъ формулъ, покрывающихъ реальныя явленія всѣхъ временъ. Важнѣйшія понятія юриспруденціи о правѣ и его источникахъ не получили у нихъ надлежащихъ опредѣленій, способныхъ вмѣстить въ себѣ всякое право и всякое правообразованіе, какими бы путями ни шла исторія,—хотя бы даже путями грубѣйшихъ правонарушеній, узурпаціи и революціи [1]). Наконецъ, выводя право изъ народнаго сознанія, а вмѣстѣ съ тѣмъ допуская значеніе извѣстныхъ положительныхъ нормъ исключительно въ силу формальныхъ условій, они вступали въ противорѣчіе съ самими собою [2]).

Выходъ изъ всѣхъ этихъ затрудненій, утверждаетъ Бергбомъ, заключается *въ различеніи формы и содержанія права*. Только этимъ способомъ и можно установить *истинный исторический принципъ*. Вопросъ о происхожденіи права разбивается при этомъ на два отдѣльныхъ вопроса.

Содержаніе права опредѣляется столь многочисленными мотивами, что ихъ нельзя ни перечислить вполнѣ, ни подвести подъ исчерпывающія общія категоріи. Нравственное сознаніе и религіозное убѣжденіе, свойства человѣческой природы и политическія цѣли, потребности и разумныя основанія, охрана противъ злоупотребленій сильныхъ и гуманное попеченіе о слабыхъ, — всѣ эти рубрики, если бы даже ихъ удвоить и утроить, далеко не могутъ обнять всей совокупности мотивовъ, обусловливающихъ содержаніе юридическихъ нормъ. Но всѣ эти факторы, ложно называемые источниками права, порождаютъ не самое право, а только побужденія или мысли для него. Благороднѣйшее «сознаніе» и прекраснѣйшая «идея» сами по себѣ не имѣютъ юридическаго значенія. Для того, чтобы стать правомъ, они должны предварительно подвергнуться особому процессу объективированія, при помощи котораго они превращаются въ нормы жизненныя и объективно-обязательныя, способныя принуждать къ повиновенію

---

[1]) Jurispr. und Rechtsphil. SS. 541—542.

[2]) Подробную характеристику противорѣчій исторической школы см. ibid. S. 507ff. Анализъ воззрѣній Савиньи и Пухты составляетъ, на мой взглядъ, самую любопытную часть сочиненія Бергбома.

и противящагося. События, обусловливающія этотъ переходъ изъ области нравственной и политической въ область формальне-юридическую, и представляютъ тотъ *историческій* элементъ, который необходимъ для происхожденія права [1]).

Элементъ, о которомъ говоритъ здѣсь Бергбомъ, очевидно есть ничто иное, какъ внѣшняя санкція права, запечатлѣвающая его юридическую форму. Для бытія права такая санкція является безусловно необходимой. Это придаетъ ей центральное значеніе въ сферѣ юридическихъ понятій. Какъ въ догматическихъ, такъ и въ историческихъ изслѣдованіяхъ безъ яснаго сознанія важности этого момента нельзя ступить и шага. Только оставаясь вѣрнымъ понятію формальной санкціи права, можно покончить съ старымъ грѣхомъ идеалистическаго направленія, состоявшимъ въ смѣшеніи идеальнаго и положительнаго. Только такимъ путемъ можно прійти и къ точному опредѣленію юридической сферы. Бергбомъ, поэтому, совершенно правъ, отстаивая глубокую важность формальнаго момента для исторической теоріи. Нельзя только согласиться съ тѣмъ, чтобы подобная точка зрѣнія была вѣрнымъ отраженіемъ стремленій школы Савиньи, какъ думаетъ это ея новѣйшій критикъ [2]). Душою исторической школы было все-таки органическое ученіе. Стремленіе къ разъясненію положительной природы права восходитъ, конечно, ко времени Савиньи; но какъ я замѣтилъ выше, для родоначальника историческихъ юристовъ важно было не точное опредѣленіе положительнаго права, а его моральное оправданіе при помощи теоріи закономѣрнаго развитія. Можно еще допустить, что научныя тенденціи Бергбома, какъ и всего направленія, къ которому онъ принадлежитъ, являются продолженіемъ стремленій исторической школы къ изученію положительныхъ установленій. Но морально-политическая сторона этихъ стремленій, являвшаяся для основателей школы моментомъ исходнымъ и кореннымъ, совершенно отсутствуетъ у новыхъ юристовъ, что составляетъ рѣзкое ихъ отличіе отъ предшественниковъ [3]).

Настаивая на различеніи содержанія и формы юридическихъ по-

---

[1]) ibid. SS. 543—546.

[2]) ibid. S. 546. Ср. также S. 534ff.

[3]) Ср. замѣчанія Меркеля въ Arch. für öff. Recht. l. c. S. 610.

ложеній, Бергбомъ, какъ мы уже сказали, находитъ необходимымъ раздѣлять вопросъ о происхожденіи права на два самостоятельныхъ вопроса. Соотвѣтственно съ этимъ, онъ требуетъ и заботливаго расчлененія философіи права на матеріальную и формальную [1]). Но подобно тому какъ существо историческаго принципа онъ переноситъ съ содержанія на форму, такъ и въ философіи главный его интересъ — на сторонѣ формальнаго момента. Значеніе этого момента не подлежитъ спору: отрицать его значитъ отрицать всю юридическую науку. Однако, въ историко-философской теоріи права образованіе содержанія юридическихъ нормъ представляетъ интересъ не менѣе существенный. Формальный анализъ правовыхъ явленій можетъ представить, конечно, особую и самостоятельную задачу; но общія философскія основанія формальной теоріи лежатъ въ философіи матеріальной. На это указалъ Бергбому еще Меркель [2]), собственныя воззрѣнія котораго служатъ лучшимъ доказательствомъ всей важности матеріальной философіи права для юриста. Легко подтвердить примѣрами, что формальная юриспруденція отражаетъ на себѣ принципіальныя философскія разногласія и что для юриста далеко не безразлично, является ли право продуктомъ народнаго духа или результатомъ партійной борьбы [3]). Въ данномъ пунктѣ у Бергбома можно отмѣтить весьма понятное увлеченіе той стороной права, важность которой недостаточно сознавалась ранѣе.

Намъ кажутся также преувеличенными нападки автора на естественное право [4]). Поскольку Бергбомъ имѣетъ въ виду искоренить юридическій дуализмъ, «мозаику идеальнаго и реальнаго», онъ находится на почвѣ дѣйствительныхъ потребностей юриспруденціи, которая, ко вреду своему, до сихъ поръ не могла освободиться отъ утвердившагося въ ней вѣками двойственнаго взгляда на право. Бергбому принадлежитъ заслуга съ невиданной доселѣ обстоятельностью разобрать всѣ возможные оттѣнки ста-

---

[1]) Jurispr. und Rechtsph. SS. 543 Note 7 и 551.

[2]) Arch. für öff. Recht. I. c. SS. 611—612.

[3]) См. выше, стр. 207—208.

[4]) Критика естественнаго права занимаетъ въ книгѣ Бергбома страницы 109—479.

раго противопоставленія положительному праву какихъ-либо другихъ правъ, возникающихъ, помимо положительнаго установленія, изъ субъективныхъ нравственныхъ идеаловъ. Подобныя субъективныя построенія не могутъ, конечно, имѣть юридическаго характера [1]). Склоняясь къ естественно-правовой доктринѣ, замѣчаетъ авторъ, мы можемъ подвести подъ категорію права всѣ наши благородныя чувства, требованія разума, практическія соображенія и т. д. Но что сталось бы въ такомъ случаѣ съ положительнымъ правомъ? Не будемъ забывать, что милліоны людей могутъ имѣть естественно-правовыя представленія совершенно различнаго содержанія [2]).

Мы безусловно присоединяемся къ Бергбому въ его стремленіи провести строгую границу между идеальнымъ сознаніемъ и положительнымъ правомъ. Соотвѣтствующая этому взгляду критика отдѣльныхъ юридическихъ и философскихъ произведеній, въ изобиліи собранныхъ писателемъ, несомнѣнно найдетъ общее признаніе. Однако, вся эта критика нисколько не устраняетъ *нравственнаго* значенія такъ наз. естественнаго права. Оно можетъ не имѣть юридическаго характера и сохранять свою силу моральнаго критерія для оцѣнки положительныхъ установленій. Съ другой стороны, и для идеалистическаго направленія положительное право можетъ представляться единственно-обязательнымъ въ юридическомъ смыслѣ этого слова и, однако, подлежащимъ критикѣ и суду [3]). Въ книгѣ Бергбома я не могу найти доводовъ противъ подобной постановки вопроса. Главныя его усилія обращены на опроверженіе юридическаго значенія естественнаго права.

Если въ различныхъ мѣстахъ своего сочиненія онъ ссылается на неизбѣжный субъективизмъ идеальныхъ построеній, то противъ этого можно замѣтить, что нравственныя наши сужденія вообще имѣютъ субъективную окраску (несмотря на опредѣленность общихъ началъ, лежащихъ въ ихъ основѣ). Создаваясь при помощи индивидуальнаго сознанія, естественно-правовыя системы неизбѣжно

---

[1]) См. къ этому S. 130ff.

[2]) ibid. S. 144.

[3]) Ср. замѣчанія Штаммлера (Wirtschaft und Recht, SS. 174—175).

носятъ индивидуальный отпечатокъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, онѣ отражаютъ на себѣ объективныя историческія теченія, и въ этомъ смыслѣ являются не только продуктами субъективнаго размышленія, но и объективными результатами исторіи. Въ различіи индивидуальныхъ мнѣній и желаній извѣстной эпохи всегда можно открыть общіе исходные пункты. Говоря о философіи XVIII вѣка и Бергбомъ признаетъ, что даже въ самыхъ мудреныхъ схоластическихъ комбинаціяхъ здѣсь легко было для каждаго найти евангеліе свободы и неотчуждаемыхъ правъ личности [1]). То, что вѣрно для XVIII вѣка, имѣетъ, конечно, значеніе и для другихъ эпохъ.

Если, далѣе, авторъ высказываетъ сомнѣніе въ практической важности философскихъ споровъ, приписывая имъ лишь значеніе поверхностной и мнимой борьбы (eines Scheingefechtes), такъ какъ серьезная борьба тѣхъ же идей безъ масокъ, т. е. реальныхъ интересовъ, совершается въ области политики [2]), то и здѣсь мы не можемъ съ нимъ согласиться. Онъ забываетъ, что борьба идей есть необходимое послѣдствіе борьбы интересовъ, которые всегда ищутъ для себя отчетливаго формулированія. Воплощаясь въ идеяхъ, они получаютъ особую силу, которой не имѣли ранѣе: ибо идеѣ принадлежитъ свойство организующаго фактора, который сообщаетъ разрозненнымъ стремленіямъ опредѣленное направленіе. Милль справедливо говорилъ, что одно лицо съ убѣжденіемъ есть соціальная сила, равная девяноста девяти лицамъ, имѣющимъ только одни интересы. Но зачѣмъ ссылаться на Милля, если самъ Бергбомъ, переходя на почву исторической дѣйствительности, заявляетъ, что въ новое время, подъ прикрытіемъ естественнаго права, совершена была могучая критическая работа, что подъ этимъ именемъ внесены были въ общее сознаніе идеи эпохи объ основаніяхъ всеобъемлющаго преобразованія [3]). Если и онъ называетъ здѣсь философскія системы «дѣйствительнымъ средствомъ въ борьбѣ за реформу права», то этимъ вполнѣ возстановляется ихъ значеніе. Пусть онъ относитъ имѣющіяся при этомъ въ виду

---

[1]) S. 172.—Ср. также S. 215.
[2]) ibid. S. 176.
[3]) ibid. S. 209.

построенія къ политикѣ или критикѣ права [1]); весь вопросъ въ томъ, чтобы признана была важность критической работы, совершающейся въ области теоріи.

Въ одномъ мѣстѣ своей книги [2]) Бергбомъ говоритъ: «положительное право имѣетъ свое обоснованіе и оправданіе въ самомъ фактѣ своего существованія («das positive Recht hat seine Begründung und Rechtfertigung schon in seinem Bestehen»). Въ этомъ утвержденіи ясно выражается точка зрѣнія философіи положительнаго права, которая стремится занять для своего предмета твердую и самостоятельную позицію. Съ формально-юридической точки зрѣнія Бергбомъ совершенно правъ: внѣшняя обязательность дѣйствующихъ нормъ является для юриста непререкаемымъ фактомъ, не нуждающимся ни въ какой дальнѣйшей легитимаціи. Но хочетъ ли онъ сказать, чтобы положительное право не нуждалось и въ оправданіи нравственномъ, чтобы кромѣ формальной обязательности не было никакой иной и высшей? На это мы находимъ у Бергбома прямой отвѣтъ, примиряющій насъ съ только-что приведеннымъ утвержденіемъ его. «Конечно», говоритъ онъ, «человѣчество должно сохранять вѣру, что есть нѣчто высшее, чѣмъ формально-обязательное право; не слѣдуетъ только думать, чтобы это высшее также было правомъ» [3]). Послѣдняя оговорка нисколько не умаляетъ значенія стоящихъ надъ правомъ началъ.—Въ другомъ мѣстѣ Бергбомъ замѣчаетъ, что юридическая обязательность и внутреннее достоинство (Güte) права вовсе не одно и то же. Основатели исторической школы, разъясняетъ онъ ихъ точку зрѣнія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и свою, были не столь близоруки, чтобы утверждать или даже только думать, будто бы все положительное право есть вмѣстѣ съ тѣмъ хорошее, справедливое и разумное право и будто бы существующее должно остаться на вѣчныя времена. Для позитивиста святость права означаетъ то же, что и для всякаго другого: оно должно быть уважаемо сегодня, потому что имѣетъ значеніе права; завтра оно можетъ быть отмѣнено тѣмъ, кто имѣетъ къ этому основанія, полномочія и

---

[1]) См. SS. 145, 209, 351.

[2]) ibid. S. 400.

[3]) ibid. S. 533.—Ср. также S. 451.

силу. Мы хорошо сознаемъ, продолжаетъ Бергбомъ, что право можно и должно улучшать, и не имѣемъ ничего противъ того, чтобы этимъ занималась политика права (Rechtspolitik). Нельзя только называть эту дисциплину наукой или философіей права [1]).

Такъ авторъ мимоходомъ признаетъ законность тѣхъ задачъ, которыя онъ хотѣлъ бы устранить изъ теоретическаго разсмотрѣнія. Онъ очень вѣрно замѣчаетъ однажды, что главнѣйшимъ союзникомъ естественнаго права является присущее каждому человѣку представленіе о долженствующемъ, практически выражающееся въ стремленіи къ преобразованію (Umformungstrieb) [2]). Какъ же можно надѣяться устранить когда-либо это представленіе и вытекающее изъ него стремленіе? Отвергать, вмѣстѣ съ крайностями естественнаго права, и эту сущность его значило бы, какъ говорятъ нѣмцы, «das Kind mit dem Bade ausschütten». Всего менѣе нужно и возможно это для той исторической теоріи, которая хочетъ быть по преимуществу формальной. Она прекрасно можетъ уживаться съ естественно-правовыми стремленіями: стоитъ только строго различать идеальное и положительное. Главный и существенный мотивъ новой полемики противъ естественнаго права лежитъ именно въ потребности этого различенія. И когда полемическія крайности уступятъ мѣсто спокойному обсужденію предмета, несомнѣнно, не будетъ болѣе и рѣчи объ окончательномъ искорененіи идеалистическихъ началъ.— Вопросъ о томъ, къ какой именно дисциплинѣ принадлежитъ естественно-правовая проблемма, представляется мнѣ второстепеннымъ.

---

[1]) ibid. SS. 144—145.
[2]) ibid. S. 201.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

Мы достигли здѣсь конечнаго пункта предположеннаго изслѣдованія. Цѣпь развитія историзма въ нѣмецкой юриспруденціи, поскольку это развитіе соприкасается съ школой Савиньи, прослѣжена нами до конца. Вмѣстѣ съ тѣмъ, мы прослѣдили и отношеніе историзма къ естественному праву, отъ полемики съ которымъ онъ отправлялся.

Въ сущности лишь первыя стадіи изученнаго нами теченія были опасны для естественнаго права. Отрицать сущность этой доктрины вообще можно съ двухъ точекъ зрѣнія: или отвергая связь права съ нравственностью, подобно Гуго, или идеализируя правообразованіе, подобно Савиньи. Въ первомъ случаѣ вопросъ о нравственномъ оправданіи права совершенно устраняется; во второмъ—это оправданіе дается самими условіями происхожденія юридическихъ нормъ, исключая всякую дальнѣйшую критику со стороны человѣка [1]). Но обѣ эти точки зрѣнія оказываются несостоятельными. Теорія Гуго слишкомъ противорѣчила общему сознанію и не могла получить распространенія. Доктрина Савиньи еще у первыхъ ея провозвѣстниковъ подвергалась существеннымъ ограниченіямъ и поправкамъ. Въ наши дни она достигла состоянія полнаго разложенія: теорія правообразованія, составлявшая центральный пунктъ старой исторической школы, разбилась на двѣ самостоятельныхъ проблеммы (соотвѣтственно различенію въ правѣ формы и содержанія), и каждая изъ этихъ проблеммъ рѣшается въ прямой оппозиціи къ выводамъ Савиньи и Пухты. Съ двухъ сторонъ сдѣланы были попытки болѣе по-

[1]) Разъясненія болѣе подробныя см. выше, стрр. 84—86.

слѣдовательнаго проведенія историческаго принципа [1]), при чемъ каждый разъ такъ называемая историческая школа оказывалась неоправдывающей своего имени.

Разложеніе исторической школы привело вмѣстѣ съ тѣмъ къ извѣстному возрожденію естественно-правовой доктрины. Историзмъ позднѣйшей формаціи, выразившійся въ ученіи Іеринга, самъ воспринялъ въ себя критико-прогрессивныя тенденціи идеалистическаго направленія и сблизился въ этомъ отношеніи съ философіей прошлаго вѣка. Что касается новѣйшей полемики противъ естественнаго права, то она, какъ мы могли въ этомъ убѣдиться, способна была разрушить только крайности прежней философіи права, но никакъ не ея сущность.

---

[1]) См. выше, стрр. 134 и 191.

ПРИЛОЖЕНІЯ.

ПРИЛОЖЕНІЕ 1.

(къ стр. 3).

Опредѣленія естественнаго права въ современной нѣмецкой литературѣ.

Современныя опредѣленія естественнаго права служатъ подтвержденіемъ тому, что идеалистическое направленіе въ наши дни не грѣшитъ болѣе ни отрицаніемъ историческаго принципа, ни ложнымъ расширеніемъ понятія права. Лучшимъ образцомъ этой новой постановки вопроса можетъ служить опредѣленіе Штаммлера [1]). Онъ вполнѣ признаетъ научную самостоятельность формальной юриспруденціи, равно какъ и исключительную примѣнимость понятія формально-обязательнаго права къ положительному порядку. Естественное право въ смыслѣ неизмѣнной системы идеальныхъ правоположеній и онъ считаетъ немыслимымъ научно. Однако, по его мнѣнію, нельзя сдѣлать ни малѣйшаго возраженія противъ естественнаго права, если видѣть въ немъ проявленіе стремленія къ начертанію юридическихъ положеній, какими бы они должны были быть. Въ этомъ смыслѣ естественное право предназначается вовсе не для непосредственнаго практическаго примѣненія на ряду съ правомъ положительнымъ, а лишь въ руководство законодателю, въ качествѣ критическаго и направляющаго масштаба. Содержаніе идеальнаго права, которое можетъ быть такимъ образомъ установлено, по самому существу дѣла, не можетъ быть неизмѣннымъ, такъ какъ опредѣленія его относятся къ измѣнчивой и конкретно обусловленной сферѣ соціальнаго существованія.

Соотвѣтственно съ этимъ, Штаммлеръ опредѣляетъ естественное право, какъ совокупность положеній, представляющихъ собою

---

[1]) См. сочиненія: Ueber die Methode der geschichtl. Rechtstheorie. Halle, 1888 и Wirtschaft und Recht. Leipzig, 1896, (особ. S. 165ff).

право *теоретически вѣрное* при *данныхъ эмпирически* отношеніяхъ (diejenigen Rechtssatzungen, welche unter *empirisch bedingten* Verhältnissen das *theoretisch richtige* Recht enthalten) [1]). Этимъ положеніямъ онъ приписываетъ значеніе чисто нравственное: это не дѣйствующее право, а требованія относительно его измѣненія, обращенныя къ факторамъ, которые его созидаютъ. — Кажется, нѣтъ необходимости пояснять, что сущность естественнаго права сводится въ этомъ опредѣленіи къ функціи нравственной критики права дѣйствующаго, въ цѣляхъ его усовершенствованія.

Изъ другихъ нѣмецкихъ ученыхъ, писавшихъ въ послѣднее время о естественномъ правѣ, слѣдуетъ отмѣтить Іодля [2]). Авторъ начинаетъ съ утвержденія, что понятіе естественнаго права представляетъ собою «продуктъ и остатокъ ложной метафизической и спекулятивной философіи» [3]), и кончаетъ признаніемъ, что «въ естественно-правовой доктринѣ шли надлежащимъ путемъ, но въ превратномъ направленіи» (den richtigen Weg, aber in verkehrter Richtung) [4]). Іодль хочетъ этимъ сказать, что доктрина естественнаго права, будучи вѣрной въ основѣ, облечена была въ неправильную форму выраженія: «все такъ называемое естественное право плаваетъ подъ фальшивымъ флагомъ; это ничто иное, какъ *соціальная этика* (*Socialethik*),--*критика существующихъ учрежденій со стороны нравственнаго сознанія*», въ цѣляхъ согласованія ихъ съ нравственными требованіями и преобразованія въ духѣ прогрессивнаго развитія. Въ этомъ смыслѣ, продолжаетъ авторъ, естественное право имѣло могущественное дѣйствіе въ теченіе послѣднихъ столѣтій, какъ это признается теперь почти всѣми и среди строгихъ юристовъ [5]). Среди другихъ утвержденій Іодля достойно вниманія его замѣчаніе, что соціально-этическія воззрѣнія вслѣдствіе своей субъективности, вслѣдствіе того, что они исходятъ отъ отдѣльныхъ выдающихся людей или отъ угрожаемыхъ частей соціальнаго организма, являются движущимъ моментомъ, между тѣмъ какъ право, именно потому что оно объективно и представляетъ собою минимумъ, относительно котораго согласились всѣ, именно потому, что оно дѣйствуетъ, какъ сила, имѣетъ стаціонарный характеръ [6]). Однако, будучи стаціонарнымъ, оно

---

[1]) Wirt. u. Recht S. 185.—Ср. также SS. 172—176.

[2]) Я имѣю здѣсь въ виду его рефератъ подъ заглавіемъ: „Ueber das Wesen des Naturrechtes und seine Bedeutung in der Gegenwart“ (см. Juristische Viertelj. Bd. XV (1893), Heft I, S. 1ff.

[3]) l. c. S. 2.

[4]) ibid. S. 11.

[5]) ibid. S. 15.

[6]) ibid. S. 18.

не является неподвижнымъ и мертвымъ. Секретъ его обновленія лежитъ въ постоянномъ соприкосновеніи съ нравственнымъ духомъ общества, для котораго оно дѣйствуетъ. Іодль заключаетъ свою статью, предпринятую для обнаруженія ошибокъ естественнаго права, осужденіемъ школы... исторической. Приписывая ей мысль о возможности реформъ «при помощи простой комбинаціи и объясненія существующихъ правъ, посредствомъ нѣкотораго юридическаго самооплодотворенія», онъ говоритъ: естественное право, хотя и вторгалось порою глубоко въ унаслѣдованныя юридическія притязанія, но, по крайней мѣрѣ, дѣйствовало критически и очистительно, между тѣмъ какъ право юристовъ часто оказывалось трудно-преодолимымъ препятствіемъ на пути жизненнаго развитія народовъ [1]). — Замѣчаніе Іодля въ отношеніи къ исторической школѣ неточно и мало способно уяснить намъ ея основную мысль; но оно уясняетъ за то собственную мысль автора [2]).

---

[1]) ibid. S. 19.

[2]) Іодлю отвѣчалъ Гёльдеръ (Zeitschr. für Phil. u. phil. Kritik. Bd. CIII (1893—1894) Heft 2, S. 185ff.), не сказавъ, однако, ничего интереснаго. Онъ стоитъ на точкѣ зрѣнія философіи положительнаго права и подчеркиваетъ важное значеніе разсмотрѣнія данныхъ условій, вслѣдствіе чего, вмѣсто названія соціальной этики, предлагаетъ употреблять старое слово: „политика“, желая этимъ оттѣнить необходимость сообразоваться съ наличными отношеніями и средствами. Естественное право онъ обозначаетъ, какъ право будущаго (Zukunftsrecht), какъ желательный порядокъ, который еще не дѣйствуетъ, но можетъ дѣйствовать въ будущемъ (SS. 194—196).—Не представляетъ особаго интереса и брошюра Гертлинга (Naturrecht u. Socialpolitik. Köln 1893). Основная мысль автора, который принадлежитъ къ обществу католическихъ писателей (Görres-Gesellschaft), состоитъ въ томъ, чтобы въ неизмѣнномъ и разъ навсегда данномъ естественномъ правѣ пріобрѣсть основу для прочной и планомѣрной соціальной политики (SS. 7, 11). Одни соображенія цѣлесообразности здѣсь недостаточны: необходимы твердые нравственные и юридическіе устои, которые и даются естественнымъ правомъ.—Упомяну еще опредѣленіе Франца Брентано (въ сочиненіи „Vom Ursprung sittlicher Erkenntniss“. Leipzig 1889), который отождествляетъ идею естественнаго права съ идеей общеобязательной нравственной истины, „независимой отъ церковнаго, политическаго и всякаго иного общественнаго авторитета“, съ признаніемъ извѣстной „естественной санкціи“ для права и нравственности (SS. 4—6). Ясно, что Брентано говоритъ здѣсь о санкціи внутренней, вытекающей изъ нравственнаго сознанія, которое, такимъ образомъ, и по его мысли является источникомъ естественнаго права.

ПРИЛОЖЕНІЕ 2.

(Къ стр. 11).

О раціоналистическихъ элементахъ у Шталя.

Являясь противникомъ раціонализма, Шталь далекъ отъ того, чтобы видѣть въ немъ одни заблужденія. Мы находимъ у него по этому поводу слѣдующія любопытныя замѣчанія:

«Какъ бы то ни было, раціонализмъ имѣетъ и истинный мотивъ (einen wahren Beweggrund) въ стремленіи понять міръ по запечатлѣнному въ немъ разуму. Богъ, какъ абсолютный разумъ, создалъ міръ не случайно, но по своему разуму. Почему же человѣкъ, подобіе Божіе, не можетъ познавать этотъ разумъ, хотя бы при помощи догадки и приблизительно?» [1]).—И въ этической области, говоритъ далѣе Шталь, освобожденіе отъ всего произведеннаго (и пассивнаго), не сознающаго себя и не властнаго надъ собою, составляетъ истинный мотивъ абстракціи. Человѣкъ не можетъ быть простымъ средствомъ для государства такъ же, какъ онъ не можетъ быть продуктомъ природы: онъ возвышается надъ тѣмъ и другимъ въ силу достоинства своей личности... Совершеннѣйшее зданіе государства, возведенное безъ сознанія и хотѣнія лицъ, не имѣетъ нравственной цѣны. Но, прибавляетъ Шталь, надъ человѣкомъ стоитъ личность (Божественная), исполнять намѣренія которой составляетъ его цѣль.—Такъ сочетаются у Шталя элементы раціоналистическіе и богословскіе: мѣсто природы и естественнаго разума раціоналистовъ у него занимаетъ Божество. Въ сущности, и его собственная философія права есть ничто иное, какъ раціоналистическое объясненіе политическихъ и юридическихъ установленій. Онъ вѣдь и самъ не отрицаетъ, что всякое познаніе, а слѣдовательно и познаніе справедливаго достигается при помощи разума [2]). Иначе философія права немыслима. Антитезой же раціонализма является не то смягченіе его крайностей, которое предлагаетъ Шталь, а безусловное и неразсуждающее признаніе какихъ-либо данныхъ авторитетовъ. Смыслъ полемики Шталя заключается лишь въ опроверженіи того абстрактнаго раціонализма, который считаетъ разумъ не только средствомъ, но и источникомъ познанія, который въ этической

---

[1]) Gesch. der Rechtsph. (изд. 1856 г.) S. 286.
[2]) Ibid. S. 262.

области въ основу всего полагаетъ личность, оторванную отъ всякихъ связей съ цѣлымъ и надѣленную безграничной свободой. Если Шталь отождествляетъ естественное право съ этимъ одностороннимъ направленіемъ раціонализма (какъ это видно изъ всей его критики) [1]), то онъ самъ впадаетъ въ односторонность. Критики этого писателя не безъ основанія причисляютъ и его къ естественно-правовому направленію, отмѣчая соприкосновеніе его съ раціонализмомъ [2]). Нашъ русскій ученый Назимовъ очень удачно обозначаетъ доктрину Шталя, какъ «замаскированную систему естественнаго права, поставленную на службу реакціи и направленную на подорваніе дѣйствующаго общественнаго и политическаго порядка». «Начавши съ отрицанія революціоннаго идеала общежитія во имя совершившагося факта и кончивъ отрицаніемъ факта во имя идеала реакціоннаго, Шталь безсознательно... попадаетъ въ строй мысли своихъ политическихъ противниковъ, проникается идеями субъективнаго раціонализма и усвоиваетъ революціонныя средства для борьбы съ революціонными установленіями» [3]). Въ этихъ словахъ Назимова мѣтко опредѣляется историческое положеніе Шталя.

ПРИЛОЖЕНІЕ 3.

(Къ стр. 14).

Объ отношеніи раціонализма къ исторіи.

Съ легкой руки Шталя въ литературѣ, касавшейся естественнаго права, очень распространилось мнѣніе, будто бы раціонализмъ отрицаетъ исторію и вообще всякое измѣненіе въ мірѣ. Къ этому результату дѣйствительно приходитъ натуралистическій пантеизмъ, сводящій множественность явленій къ единству первоначальной основы и объявляющій видимое разнообразіе дѣйствительности за миражъ, проистекающій изъ несовершенства человѣческихъ чувствъ. Въ новое время эта точка зрѣнія съ особенной послѣдовательностью развивается у Спинозы. Съ этой точки зрѣнія, въ мірѣ, дѣйствительно, нѣтъ свободы и перемѣнъ; надъ

---

[1]) См. исходныя ея положенія l. c. SS. 92 и 111, 122—124.

[2]) См. въ особенности Thilo, Die theologiesirende Rechts - und Staatslehre. Leipzig 1861. S. 284ff.; Bergbohm, Jurispr. und Rechtsphil. SS. 267—275. Назимовъ, Реакція въ Пруссіи. Ярославль 1886. Глава III.

[3]) Цитир. соч. стр. 183. Ср. также прим. 8 къ гл. III; на стр. 288.

всѣмъ царитъ неуклонный законъ и безусловная необходимость. Возможность историческаго созерцанія какъ и этическаго сужденія (основывающагося на идеѣ свободнаго осуществленія должнаго) здѣсь отпадаютъ. Но подобное направленіе мысли далеко не исчерпываетъ всѣхъ видовъ раціонализма. И Шталь отъ объективнаго раціонализма Спинозы отличаетъ субъективный раціонализмъ, который признаетъ свободу исполнять или не исполнять требованія разума. «Субъективный раціонализмъ» по словамъ Шталя, «только предписанія выводитъ изъ разума, а дѣйствія оставляетъ исполненію свободной личности. Такимъ образомъ ему не чужда основная посылка этики. Но за то онъ отбрасываетъ постулятъ, что все разумно, такъ какъ свободныя дѣйствія, которыя онъ допускаетъ, могутъ совершаться и вопреки разуму» [1]). Въ этомъ именно допущеніи Шталь полагаетъ отличіе естественнаго права отъ воззрѣній Спинозы. Пусть даже это было отступленіе отъ безусловнаго раціонализма, но во всякомъ случаѣ и подобные взгляды нельзя выключать изъ болѣе широкаго понятія раціоналистическаго направленія.

Отправляясь отъ противопоставленія идеала и несовершенной дѣйствительности, естественное право этимъ самымъ допускало возможность свободнаго уклоненія отъ разума. Ошибка его состояла скорѣе въ томъ, что оно отрицало моментъ необходимости въ историческомъ развитіи и считало его совершенно произвольнымъ. Дальнѣйшія и высшія стадіи раціонализма умѣли сочетать свои посылки съ идеей развитія. Панлогизмъ не помѣшалъ Гегелевой системѣ быть главнымъ источникомъ для утвержденія этой идеи въ философіи и наукѣ.

Государств. публичная историческая библиотека

[1]) Stahl, Gesch. der Rechtsph. SS. 109—110.

ОПЕЧАТКИ ВЪ ССЫЛКАХЪ:

Стр.	*Напечатано:*	*Должно быть.*
30, прим. 3.	S. 38—40.	S. 39—40.
65, прим. 1.	S. XXI.	S. XIX.
79, прим. 1.	SS. 41—47.	SS. 43—47.
129, прим. 3.	S. 449.	S. 439.
196, прим. 1.	SS. 413—413.	SS. 413—414.

Встрѣчающіяся мѣстами ошибки въ отдѣльныхъ буквахъ не имѣютъ существеннаго значенія.

15—